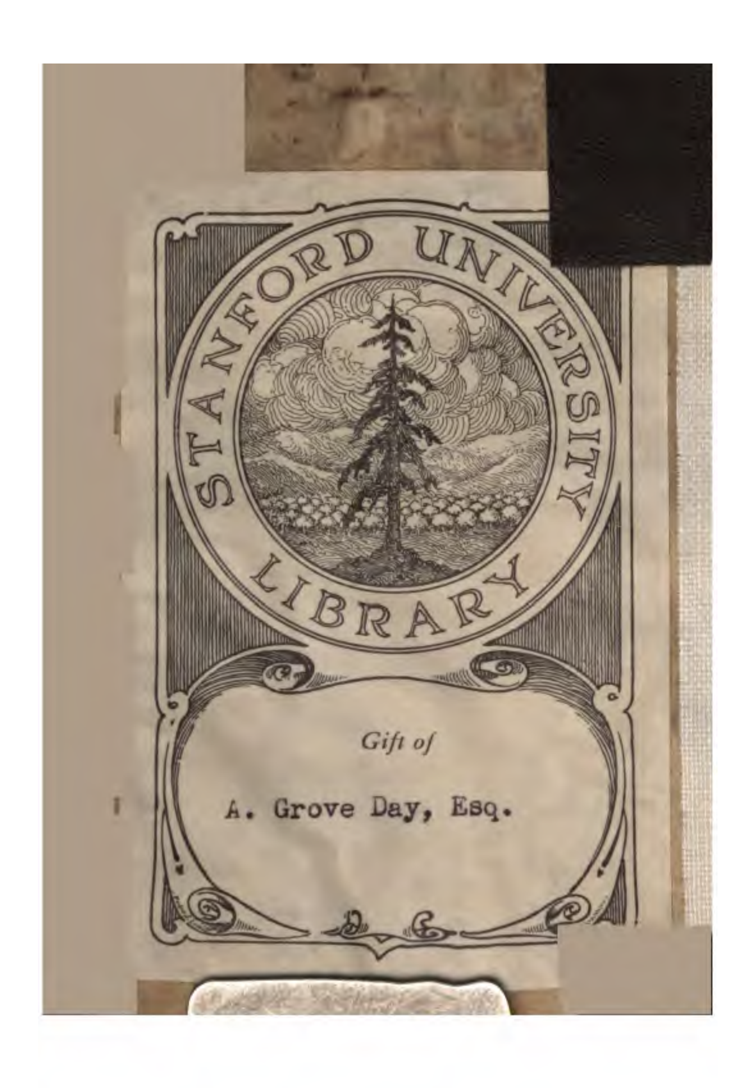



STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
Gift of
A. Grove Day, Esq.

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA

ORDENADA

POR DON JUAN SALA,

REFORMADA Y AÑADIDA CON VARIAS DOCTRINAS Y DISPOSICIONES DEL DERECHO NOVISIMO, Y DEL PATRIO.

TOM. I.

MEJICO: 1831.

****

Imprenta de Galvan, á cargo de Mariano Arévalo, calle de Cadena número 2.

ADVERTENCIA

DE LOS EDITORES.

Al emprender la nueva edicion de esta Obra, nos propusimos no solamente multiplicar sus ejemplares que ya eran muy escasos y de precio muy subido, sino tambien hacerla mas útil á los que estudian la Jurisprudencia. No hay duda que tal como salió de las manos de su autor, es muy apreciable; pero él se contrajo al *Derecho Real de España*, sin extenderse al que se llamaba de Indias, y en el largo espacio de treinta años que han pasado desde que la dió á luz, han ocurrido muchas variaciones en nuestra legislacion. Lo mismo debe decirse respecto de los artículos de *Indias* añadidos en la edicion mejicana de 1807. Pareció pues necesario hacer, como se han hecho muchas adiciones importantes, ya para ampliar las doctrinas del autor, y ya para que se tuviesen presentes las disposiciones legislativas posteriores á la Obra, inclusas las leyes, decre-

tos y órdenes de las córtes de España, y la constitucion y leyes generales de nuestra república, desde su independencia hasta el tiempo de esta impresion.

Las obras de que se han sacado las adiciones, son entre otras el *Febrero Novísimo*, refundido y adicionado por D. Eugenio Tapia, y las *Instituciones del Dr. Alvarez*. De ésta se ha tomado todo lo interesante que tiene, y no dijo Sála.

De los artículos del Derecho de Indias que puso como apéndices el primer editor mejicano, se conservan los que contenian disposiciones vigentes todavia entre nosotros, pero incorporados en sus lugares respectivos, segun la materia á que corresponden; y lo mismo se ha hecho con las adiciones nuevas. Las principales de estas van señaladas con un asterisco *.

Las leyes de España recopiladas se citan conforme á la *Nueva Recopilacion* y á la *Novísima*, para que pueda servir una y otra, porque aunque se va extendiendo el uso de la segunda, sus ejemplares son muy escasos. La *Nueva* se denota con una *R* y la *Novísima* con una *N*.

Las citas se ponen al calce de cada plana, porque asi queda desembarazada y cómoda la

lectura del texto, principalmente para los que quieran tomarle de memoria.

Los sumarios de cada título van mas especificados, y al fin de la Obra se pondrá un índice alfabético de materias.

La historia del Derecho se ha refundido extendiéndola al mismo tiempo hasta la última coleccion de leyes y decretos del congreso general, es decir, hasta el fin del año de 1828.

Como la claridad demandaba reformas en el método, estilo y lenguage de la Obra, se han hecho las que han parecido convenientes.

Aunque se dijo en el anuncio de esta Obra, que saldria en tres tomos, ha sido preciso aumentar uno para dar lugar á las adiciones indicadas, y principalmente á las de la materia de juicios.

Los autores de estos trabajos no se lisonjean de su perfeccion; pero si el haberla procurado con todas las diligencias que han estado á sus alcances, mereciere alguna consideracion, eso podrán alegar como disculpa de los defectos en que hubieren incurrido.

INDICE.

LIBRO I.

LIBRO II.

DE LAS COSAS.

HISTORIA

DEL DERECHO PATRIO.

No puede interesar ya á nuestros lectores saber por qué leyes se gobernó la España, antigua metrópoli de México, en el tiempo que la ocuparon los cartagineses, ni cuando la subyugaron los romanos; pero sí es muy importante á los jóvenes que se dedican al estudio del Derecho, á los profesores de él que dirigen los negocios de sus conciudadanos, y á los jueces que los deciden, la noticia y conocimiento de los códigos, cuerpos de derecho ó colecciones de leyes que forman la legislacion de la República.

Asi es, que independiente México de España desde el año de 1821 se rige aun por los códigos de aquella, porque circunstancias que no es del caso referir, han impedido sustituir otros enteramente nacionales á aque-

llos, que pugnan en muchas partes con el carácter de nacion independiente y libre que en el dia goza, y mucho mas con el sistema de gobierno que ha adoptado. Mas subsisten sin embargo en todo lo demas, y ellos son la regla de las acciones de los mexicanos que encuentran en ellos mismos la suma de sus derechos, cuando no están fijados en las leyes nacionales.

Por esta razon, es indispensable el estudio y conocimiento de los códigos españoles, de donde están tomadas estas instituciones.

Fuero Juzgo.

El mas antiguo de todos es el *Fuero Juzgo* publicado en latin en el siglo VII con el nombre de *Liber Judicum*, y llamado tambien *Fuero de los Jueces*. Está dividido en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos reyes godos: de decretos de varios concilios toledanos á que asistieron el rey, los grandes y los obispos, y de otras leyes, cuyo orígen no se expresa. Se duda de su autor, y unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindas-

vinto y otros á Recesvinto, aunque en el estado en que ha llegado á nosotros, no puede ser de ninguno de estos reyes, pues contiene leyes hasta de Egica y Witiza que reinaron algunos años despues que aquellos. Lo hizo imprimir en Madrid el año de 1600 Alfonso de Villadiego, que es su anotador, y despues en 1792 D. Juan Antonio Llorente canónigo de Calahorra.

Fuero Real.

Con la invasion de los moros y ocupacion y evacuacion succesiva de las provincias de España, se introdujo un trastorno en su legislacion, gobernándose unos pueblos por unos fueros y otros por otros. Deseoso el rey D. Alonso X de evitar la confusion y complicacion que ocasionaba tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien con los nombres de *Libro de los consejos de Castilla, Fuero de las leyes y Fuero de la Córte*, porque por el se decidian los pleitos en los tribunales de la córte, mandando que las leyes que contenia fuesen generales

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA

ORDENADA

POR DON JUAN SALA,

REFORMADA Y AÑADIDA CON VARIAS DOCTRINAS Y DISPOSICIONES DEL DERECHO NOVISIMO, Y DEL PATRIO.

TOM. I.

MEJICO: 1831.

****

Imprenta de Galvan, á cargo de Mariano Arévalo, calle de Cadena número 2.

el rey D. Enrique II en las córtes de la ciudad de Toro, con cuyo nombre se conocen las leyes de que hablarémos despues. Este código se imprimió y anotó por Asso y de Manuel en 1774, y casi todas las disposiciones que contiene se insertaron despues en la Nueva Recopilacion.

Ordenamiento Real.

A este se siguió el *Ordenamiento Real* publicado en tiempo de los reyes D. Fernando y Doña Isabel. Es una compilacion alfabética de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, Leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros y publicada por Alonso Montalvo, que le puso glosas y repertorio. Se cree que emprendió esta obra por órden de los reyes católicos, aunque estos jamás le dieron la fuerza de su confirmacion.

Leyes de Toro.

Las leyes de Toro se formaron y ordenaron en las córtes de Toledo del año de 1502 en el reinado de D. Fernando y Doña Isabel; mas no habiéndose publicado en aquellas se verificó el año de 1505 en las de la ciudad de Toro de donde han toma-

do el nombre, estando para jurarse á la reina Doña Juana y nombrar gobernador á su padre D. Fernando, que es la razon porque se apropian á estos reyes. Estas ochenta y tres leyes fueron comentadas por Antonio Gomez, y están insertas en el código de que vamos á hablar.

Nueva Recopilacion

Este es *La Nueva Recopilacion*, mandada formar por el rey Felipe II y dispuesta por cuatro profesores que succesivamente se ocuparon de ello hasta su conclusion. Está compuesto de nueve libros divididos en títulos, y estos en leyes. Se mandó imprimir y observar por el mismo rey, por su pragmática de 14 de marzo de 1567. En las ediciones posteriores hechas en los años de 1581, 92, 98, 1640, 1723 y 1745 se le fueron aumentando muchas leyes expedidas en el tiempo intermedio de una edicion á otra, de suerte, que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el que bajo el nombre de *Autos acordados del Consejo* se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, declaraciones y resoluciones

reales expedidas hasta ese año, distribuyéndolas por el mismo órden de títulos y libros en que estaban divididos los dos tomos primeros de la Recopilacion. En los años de 1772, 75 y 77 se hicieron tres ediciones nuevas y aumentadas con veinte y seis leyes y doce autos, ofreciendo dar en un tomo separado un suplemento que contuviese el gran número de cédulas, decretos reales y autos acordados que habian salido desde el año de 1745. El comentador mas estimado es Alfonso Acevedo.

Novisima Recopilacion.

En lugar de ese suplemento, se formó y publicó en 1805 una compilacion de las leyes con el nombre de *Novissima Recopilacion*, en la que se varió enteramente el método y órden de la anterior, se segregaron muchas leyes que se creyeron inútiles, se dividieron otras en muchas partes, y se insertaron mas de dos mil providencias respectivas al tiempo corrido desde el año de 1745 hasta 1805, dividiéndola en doce libros, que se dividen en títulos y estos en leyes. Fue aprobada y mandada observar por el

rey Cárlos IV por cédula de 15 de julio de 1805 en la que se previene la publicacion anual de un suplemento, que arreglado al mismo órden que se dió á la obra comprenda las resoluciones dictadas posteriormente. Martinez Marina publicó en 1820 un juicio crítico de esta compilacion en el que manifiesta los muchos defectos de que abunda.

Recopilacion de Indias.

Ademas de los códigos mencionados hasta aquí, que en su uso y observancia fueron comunes á España y sus colonias, existen dos, dirigido el uno á todas estas y el otro á solo la Nueva España, que es hoy la República mexicana. El primero es la *Recopilacion de leyes de Indias* mandada formar el año de1570 por el rey Felipe II, y concluida en el reinado de Cárlos II que le dió toda la fuerza y autoridad necesarias el año de 1680. En ella están recogidas todas las disposiciones dictadas por los reyes de España desde la conquista de las Américas hasta esa fecha, dividiéndose la obra en nueve libros que comprende cada uno diversos títulos en

los que se colocan primero las leyes y despues los autos acordados relativos á ellas.

Ordenanzas de Intendentes.

El otro código que hemos indicado, es la Real Ordenanza de intendentes, destinada particularmente para la Nueva España, cuando se establecieron en ella estos funcionarios. Este código, obra del reinado de Cárlos III que lo sancionó el año de 1786, está dirigido especialmente al establecimiento del sistema de hacienda de estas provincias, comprendiendo sin embargo muchas disposiciones de otro órden. Está dividido en artículos y comprende trescientos seis, en los cuales se hace referencia ó se citan muchas disposiciones, ya insertas en la Recopilacion de Indias, ó ya vagantes, reclamadas con números desde el 1 hasta el 42, que forman una especie de apéndice en el que se cópian literalmente todas las que no están insertas en la Recopilacion.

Autos acordados y providencias de Nuev. España.

Fuera de estos dos códigos, se expidieron por los reyes de España durante su dominacion en México, muhas prágmaticas, cédulas, autos acor-

dados por el consejo, y provisiones; y ademas se dictaron por los vireyes muchas providencias, llamadas del superior gobierno, y por la audiencia muchos autos acordados, que tenian en cierta manera fuerza de ley. De todas estas disposiciones no se ha formado una compilacion que tenga el carácter y autoridad de un código; pero sí existe una Recopilacion en dos tomos formada por los oidores Montemayor y Beleña, comprendiéndose en el primero en cuatro secciones, de las que las dos primeras fueron obra de Montemayor, y las dos segundas de Beleña, mil doscientas setenta y siete disposiciones, y providencias, y copiándose en el segundo setenta y nueve piezas entre pragmáticas, cédulas y bandos citados en el primero. Esta compilacion no tiene mas fuerza que la que le da la autenticidad de las resoluciones que comprende.

Entre estas son dignas de mencionarse las *Ordenanzas de Mineria*, que distribuidas en diez y nueve títulos divididos en artículos com- Ordenanza de Mineria.

prenden todo lo relativo al fomento y gobierno de este importante ramo de la industria y comercio nacional. Fueron formadas por los diputados del cuerpo de mineros, y aprobadas por cédula de 22 de mayo de 1783; y aunque en parte derogadas por las leyes de 7 de octubre de 1823 y 20 de mayo de 1826, rigen en todo lo demas concerniente á este objeto.

Decretos de las córtes de España. La revolucion de España de 1808 dió ocasion á la instalacion de las córtes extraordinarias de Cádiz en 1811, que disueltas en 1814 fueron restablecidas en 1820, y las leyes que expidieron desde la fecha de su instalacion hasta el 27 de setiembre de 1821 en que quedó consumada la independencia de México, forman tambien parte de la legislacion que hoy lo rige. Mas extendida la coleccion de estos decretos en seis tomos, y siendo la mayor parte de ellos puramente locales para la España, y otros enteramente inadaptables al estado de independiente que hoy tiene, y á la forma de gobierno que ha adoptado, se proyectó y se hizo el año pasado

de 1829 una segregacion de los decretos que pueden regir aún en la república, quedando la coleccion reducida á un solo tomo, en cuyo prólogo se protesta que la insercion en él de algunas leyes no envuelve en manera alguna la declaracion auténtica de su valor, que solo pueden dar los cuerpos legislativos.

Cuerpos legislativos de México.

En el memorable año de 1821 se emancipó México para siempre de su antigua Metrópoli, y se constituyó en nacion libre, soberana é independiente. No quedaron por esto derogadas las leyes que hasta entonces habian arreglado los derechos y acciones de sus individuos, porque no siendo dado subrogarlas nuevas en el acto, habria sido un absurdo funesto destruir las que existian; pero sí se formó un cuerpo soberano en quien residiese el poder de dictar las leyes necesarias para el nuevo órden de cosas que la independencia establecia, y para el gobierno y prosperidad de esta nueva nacion.

Asi es que en 28 de setiembre de 1821 se instaló en México el primer

cuerpo legislativo nacional con el nombre de soberana junta provisional gubernativa, encargada por los artículos 24 del plan de Iguala y 14 de los tratados de Córdova, de dictar las leyes mas urgentes y necesarias, como lo verificó hasta el 24 de febrero del año siguiente de 1822 en que se instaló el primer congreso nacional, compuesto de diputados nombrados para dar la constitucion y las leyes convenientes. Disuelto este cuerpo en 31 de octubre del mismo año en virtud de un decreto del señor Iturbide, que fungia de emperador, fue subrogado por una junta creada en virtud del mismo con el nombre de instituyente, y compuesta de dos individuos por cada una de las provincias que componian el imperio, y tomados de entre los diputados que representaban por ellas en el congreso disuelto. La junta comenzó sus sesiones el dia 2 de noviembre de 1822, y tuvo la última el 6 de marzo del año siguiente. Habia estallado la revolucion llamada de Casa Mata por la que se pretendia el restablecimien-

to del congreso que fue llamado de nuevo por el emperador, y aunque comenzó el nuevo periodo de sus sesiones el dia 7 del mismo marzo, no se declaró con número de vocales competente para legislar hasta 29 del mismo, á cuya fecha habia evacuado la capital el señor Iturbide y la ocupaban las tropas del ejército llamado libertador.

Verificada la reinstalacion del congreso, se hizo en la nacion general la opinion de que no fuese él el que diese la constitucion, sino que se convocase otro para ese objeto, como en efecto se verificó, instalándose el congreso constituyente el dia 5 de noviembre de 1823, que en 31 de enero de 1824 sancionó la Acta constitutiva en que se adoptó la forma de un gobierno federativo, por el que las provincias fueron declaradas estados soberanos, en los que se fueron instalando succesivamente las respectivas legislaturas que debian darles sus constituciones y leyes particulares.

El congreso general constituyente cerró sus sesiones en 24 de diciem-

bre del mismo año, y en 1 ° de enero del siguiente se instalaron las cámaras de senadores y diputados, que debian formar el primer congreso constitucional de la Union en el bienio de 25 y 26, succediéndose bienalmente el segundo, tercero y cuarto congreso constitucional que hoy legisla.

Colección de decretos de México.

Ha sido necesario hacer este sucinto epítome de la historia de los cuerpos legislativos de la República para poder hablar de la última coleccion de leyes que forman el cuerpo de nuestra legislacion cuya historia hemos trazado. Esta coleccion comprende los decretos expedidos por la junta soberana, por el primer congreso llamado generalmente convocante, por el constituyente, y por los dos primeros constitucionales. Se imprimió y publicó por decreto de 27 de abril de 1829 dividida en cuatro tomos, de los que el primero contiene las disposiciones de la junta, el segundo las del congreso convocante, el tercero las del constituyente, y el cuarto las de los dos constitucionales primeros.

Las disposiciones comprendidas en esta coleccion, como dictadas bajo muy distintas formas de gobierno, no conservan todas su vigor, pues las monárquicas fueron olvidadas por las republicanas, y las que tendian á una república central por las que establecieron una república federal. Hay sin embargo ciertas leyes que no dependen ni tocan á la forma de gobierno, y respecto de estas las dictadas por el congreso general antes de la adopcion de la forma federal, como que era legislador de toda la república, rigen en toda ella, á menos que hayan sido expresamente derogadas por las legislaturas de los estados. Otras aunque dictadas despues, pero dirigidas á los objetos de que debe cuidar el congreso de la union segun las facultades que le detalla la constitucion, obligan en todos los estados, sin que sus legislaturas puedan derogarlas, variarlas ni suspenderlas, y otras finalmente que emanan del mismo cuerpo, considerado bajo el caracter de legislatura particular del distrito y territorios, y solo obligan en estos lugares.

Además de todos los cuerpos de leyes mencionados hasta aquí, existen en la República los de las dictadas por los congresos particulares á los respectivos estados, cuya enumeracion no está ciertamente á nuestro alcance.

Este resumen, en el que no hemos hecho mas que referir los nombres de las compilaciones de leyes que forman nuestro derecho patrio, basta para hacer formar idea de cuan vasto, complicado y dificil es el estudio de nuestra legislacion actual, diseminada en esa multitud de códigos, obra de tiempos, lugares y gobiernos, no solo diversísimos entre sí y sumamente distantes unos de otros, sino aun contrarios en sus objetos y fines.

Estas circunstancias, que se notaban cuando aun México era gobernado desde Madrid, hacen que un mismo punto se encuentre decidido á veces por disposiciones contrarias; por lo que fue necesario señalar el órden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes, y es lo que hace la ley 1.ª del título 1 del

libro 2 de la Recopilacion de Indias, y la 1.ª de Toro.

Con arreglo á lo que estas determinan, y al estado de independencia en que felizmente se halla la nacion, los asuntos que conciernan á la federacion ó á los individuos sujetos inmediatamente á los poderes supremos, como son los habitantes del distrito y territorios deberán decidirse 1.° por las disposiciones de los congresos mexicanos: 2.° por las de las Córtes de España: 3.° por las últimas cédulas y órdenes posteriores á la edicion de la Novisima Recopilacion: 4.° por la ordenanza de Intendentes: 5.° por la Recopilacion de Indias: 6.° por la Novisima Recopilacion en lo que sea anterior á los dos últimos, pues siendo posterior, deberá seguirse con preferencia: 7.° por las del Fuero Real, y 8.° por las de las Siete Partidas, sin que á falta de leyes patrias se pueda apelar al derecho romano ó á las opiniones de los intérpretes.

En los estados deberá estarse pri-

meramente á lo dispuesto por sus respectivas legislaturas; en defecto de resolucion de estas en el asunto que se trata, se ocurrirá á la de los congresos mexicanos primero y segundo, sin que se pueda echar mano de las de los constitucionales, pues sus disposiciones no pueden tener ninguna fuerza con respecto á los estados, sino en aquellos objetos, en que pueden legislar para toda la República, despues se ocurrirá á las de las córtes de España, y se seguirá el mismo órden que hemos indicado ya.

ILUSTRACION
DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO PRIMERO.
DE LAS PERSONAS.

TITULO I.
De la justicia y del derecho.
Tít. 1 y 2 P. 1 y Tít. 1 P. 3.

1. La Justicia segun la ley (1) es: *raygada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada uno su derecho egualmente.* Esta definicion que es la que puso el emperador Justiniano en sus Instituciones,

(1) L. 1. tít. 1. P. 3.

nos hace ver que el objeto de la justicia es el derecho de cada hombre, y su fin que á cada uno se dé el suyo; pero explica la naturaleza de la justicia moral, que es un hábito ó virtud del alma, mas no la civil, que es de la que aqui hablamos, y consiste en dar á cada uno lo que es suyo, tengan ó no los que la ejercen la inclinacion y el deleite que produce el hábito virtuoso. Asi será acto de justicia la sentencia por la que se devuelva á alguno lo que es suyo, aunque se dé por un juez inclinado á todo lo contrario. La division mas comun de la justicia es en distributiva y conmutativa. Esta es en la que guardándose una perfecta igualdad que suelen llamar arismética, se da tanto por tanto, y es la que se observa en los contratos y obligaciones. Distributiva es la que distribuye los premios, honores y cargas con proporcion á los méritos, de modo que en ella se guarda una igualdad proporcional, ó como la llaman comunmente, geométrica.

2 Esta palabra *derecho* de que usa la ley en la definicion de la justicia, y que hemos dicho que es su objeto, tiene varias acepciones. Algunas veces significa

la ley ó precepto por el que se previene alguna cosa, y asi decimos que tal cosa es de derecho natural, ó divino, ó civil, y en este sentido usa de ella la ley de Partida (1) confundiéndola con la justicia, cuando dice: *Los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente cuanto en sí. El segundo que non faga mal, nin daño á otro. El tercero que dé su derecho a cada uno.* Otras veces se toma como en la definicion de la justicia, y en la última parte que acabamos de citar, por la cosa mandada por las leyes, esto es, por los bienes, goces ó facultades que las leyes nos aseguran.

3. El derecho en su primera acepcion se divide en natural, de gentes y civil. La ley de Partida (2) define al derecho natural diciendo que es *el que han en si los omes naturalmente, e aun las otras animalias,* y pone por ejemplo la union del macho y la hembra, y la educacion de los hijos, conforme en todo con la doctrina de Justiniano. Mas los mismos intérpre-

(1) L. 3. tít. 1. P. 3.
(2) L. 2. tít. 1. P. 1.

tes del derecho romano advierten que esta definicion no está propia, pues los brutos como destituidos de razon, son incapaces de regirse por derecho. Asi lo reconoce Gregorio Lopez (1) que dá esta otra definicion del derecho natural: *Una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura para hacer lo bueno y evitar lo malo*, la cual conviene sustancialmente con la que hoy se le da por los autores que tratan de esto, que dicen que es *el que Dios ha promulgado á la especie humana por medio de la recta razon* (2).

4. La misma ley define al derecho de gentes diciendo que es *un derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes é non a las otras animalias*. Asi Justiniano, como los intérpretes

(1) Greg. Lop. glos. 1. de la ley 2. tít. 1 P. 1.

(2) Algunos escritores modernos como Volney y Bentham, reproduciendo lo que dijeron algunos antiguos, niegan la existencia del derecho natural. Ella supone necesariamente la de Dios, y sin venir al ateismo no es fácil sostener esa absurda opinion, que ha sido combatida victoriosamente por varios autores, entre los que merece una mencion especial el de la elocuente obra del *Ensayo sobre la Jurisprudencia universal* traducida del francés al castellano por D. Jayme Alvarez de Abreu, marqués de la Regalia.

del derecho romano, dividen el de gentes en primario y secundario. Llaman primario al que dicta la razon sin necesidad de discurso ni reflexion, como dar culto á Dios y honrar á los padres, y á éste se refiere Gregorio Lopez en la definicion que hemos citado arriba; y secundario al que se deriva de la misma razon natural por medio de argumentos y reflexiones, que han hecho conocer á los hombres su utilidad y necesidad, y á éste deben su origen casi todos los contratos, la division del dominio, y otras cosas. Las leyes dan (1) muchas veces á este derecho secundario el nombre de natural por ser derivado de la razon natural, y éste es el que en ellas se entiende nombrado cuando se dice simplemente derecho de gentes (2). * Fritot dice, que el dere-

(1) L. 31. tít. 18 P. 3 y Greg. Lop. en su glos. 1.

(2) La explicacion que da Sala en este párrafo del derecho de gentes es la misma de Justiniano en el lib. 1. tít. 1. de su Instituta, y sobre ella observa Vattel en el prólogo de su obra del *Derecho de gentes*, que la explicacion de Justiniano es rigorosamente del derecho natural, no tomado en la latitud que le da él mismo en su definicion, haciéndolo extensivo á todos los animales, idea que impugnan sus mismos intérpretes, sino en su ver-

cho de gentes ó comun, es el que establece las relaciones de hombres de distintas naciones con respecto á los pueblos ó sociedades á que no pertenecen, y con respecto á los miembros de estas diversas sociedades. Al que establece las relaciones y la conducta de diferentes pueblos entre sí, le llama derecho político ó de las naciones. El derecho público ó social, es el que establece las relaciones, los derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo á que pertenece, y las obligaciones del pueblo para cada uno de sus miembros. El derecho constitucio-

dadero significado de ser una ley dictada por Dios á los hombres, que comprende preceptos que se conocen sin necesidad de raciocinio, ó que se deducen mediante éste de los primeros principios, y esto constituye la diferencia de primario y secundario hablando del derecho natural. Mas el de gentes no es otra cosa que la aplicacion del natural á las naciones, y se divide en *necesario* que todas tienen obligacion de guardar, y *positivo* que procede de la voluntad de las mismas, distinguiéndose en *voluntario*, que procede de su consentimiento presunto, *convencional* de un consentimiento expreso, y *consuetudinario* de un consentimiento tácito. *Vattel. Preliminares del Derecho de gentes.* § VII y XXVII.

nal, constitutivo ú orgánico, es el que determina y reune los principios y las reglas de la organizacion interior ó social. Tiene por objeto hacer observar los verdaderos principios del derecho filosófico ó moral, que comprende al público, al político y al de gentes, y conseguir de esta manera los fines estables que deben proponerse las sociedades humanas (1). *

5. El derecho civíl es el que han establecido por sí ó por sus gefes las naciones para conseguir los fines de la sociedad. Debe conformarse con la justicia y con los preceptos de Dios que es el Supremo Legislador de todos los hombres, y por eso se dice en las leyes (2) que los mandamientos de estas deben ser leales é cumplidos segun Dios é segun justicia. * Aunque conforme á las leyes antiguas solo el rey daba las leyes, esta facultad es propia y esencial del pueblo, que es la reunion de los asociados y la ejercita por sí, como en la democrácia pura, que en opinion de autores célebres jamás ha existido, ó por sus comisionados, que

(1) Fritot. Espiritu del Derecho tom, 1. pág. 3.
(2) L. 4. tít. 1. P. 1. y l. 1. tít. 1. lib. 2. de la R. ó 1. tít. 2. lib. 3. de la N.

pueden ser muchos como en los sistemas representativos, ó tal vez uno solo, como en las naciones donde solo el gefe de ellas da las leyes por consentimiento de ellas mismas. *

6. El derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito (1). Escrito, es el que se establece expresamente por el legislador, y comunmente se llama *ley*. A esta palabra se da muy diverso origen, pues segun Varron y otros se deriva de la voz *leer*, por cuanto la ley se leia al pueblo para que la supiese, y segun Ciceron (2) viene á *legendo* que significa escoger, porque ella escoge mandando lo que es honesto y prohibiendo lo contrario, aunque él mismo dice que se llama así, porque por escrito manda lo que quiere. Con esta última etimología se conforman las Partidas (3), en las que la ley se define: *leyenda en que yace enseñamiento é castigo, é escrito que liga y apremia la vida del hombre que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el hombre debe facer é usar*, y en esta defini-

(1) LL. 4. tít. 1. y 4. tít. 2. P. 1. P.
(2) Cicer. lib. 1 de legib. cap. 6.
(3) L. 4. tít. 1. P. 1.

cion se funda Gregorio Lopez para asentar que es esencial á la ley estar escrita, contra lo que opinan los intérpretes del derecho romano. * En la república es indispensable en las leyes la circunstancia de estar escritas, pues no se pueden pasar de otro modo del cuerpo legislativo al ejecutivo, sea de la union en las leyes federales, sea de los estados en las que son de su resorte, y sin la publicacion no tienen el carácter de leyes. *

7. Solo son objeto de la ley las cosas futuras (1), y de ninguna manera las pasadas. * Este axioma legal, que encontramos consignado en las Partidas, ha recibido nueva fuerza por el artículo 148 de la constitucion federal que prohibe absolutamente toda ley retroactiva, esto es, que obre ó decida en casos sucedidos antes de que ella hubiese sido dada. * Deben dirigirse á las cosas que suceden con frecuencia, pues las que acontecen raras veces, se arreglan por las establecidas para casos semejantes (2). Para que obligue debe ser manifiesta (3),

(1) L. 15 tít. 14. P. 3.
(2) Regla 36. P. 7.
(3) L. 1. tít. 1. lib. 2. de la R. ó 1. tít. 2. lib. 3. de la N.

esto es, debe estar promulgada competentemente, de modo que pueda llegar á noticia de todos. Los efectos de las leyes son: mandar, prohibir, permitir y castigar (1).

8 * La ley obliga á todos los que viven en el pais, aunque sean extrangeros (2), y por su naturaleza es comun á todas las edades, sexos, condiciones y lugares, y la fuerza para obligar la tiene desde que se publica, á menos que en ella misma se señale el tiempo en que deba cumplirse. Todo ciudadano tiene obligacion de saber la ley (3), y su ignorancia daña por lo general al que la padece, y no sirve de escusa al que la quebranta (4); mas la ciencia ó conocimiento de las leyes no es referirlas de memoria, sino penetrar su sentido* (5).

9. Solo el soberano tiene facultad de dictar leyes, interpretarlas auténticamen-

(1) La ley, tít. 1. lib. 2. de la R. ó 1. tít. 2. lib. 3 de la N. en la cual se lee: mandar, vedar, *punir* y castigar; pero es bien claro que en lugar de punir se debe leer *permitir*, que es efecto de la ley omitido en el texto, al paso que se encuentra repetido el castigar, que es lo mismo que punir.

(2) L. 15. tít. 1. P. 1.

(3) L. 31. tít. 14. P. 5.

(4) L. 20. tít. 1. P. 1.

(5) L. 13 tít. 1 P. 1.

te (1) y derogarlas por medio de otras.* En la república este poder está cometido al Congreso general por lo que mira á toda la federacion, y á las legislaturas de los estados, por lo que hace á su organiza-

(1) La interpretacion de la ley puede ser de tres maneras. Auténtica: cuando el legislador explica el sentido que quiso darle: usual, cuando dudándose por el juez al hacer la aplicacion de una ley, se consultan las decisiones antiguas para sacar de ellas la interpretacion, que se llama usual, porque se funda en el uso, y doctrinal que es la que dan los profesores cuando explican las leyes. Esta puede ser de tres maneras, á saber: extensiva, restrictiva ó declarativa. Es extensiva, cuando la razon de la ley se extiende á mas que sus palabras, de modo que por la interpretacion se lleva á un caso que no está expreso en ella, como v. g., si prohibiéndose que se extraiga trigo para evitar la escasez bajo pena de confiscacion, incurra en ella el que extrae harinas; en cuyo caso debe resolverse afirmativamente por la razon de la ley que es impedir la escasez. La restrictiva es al contrario, cuando las palabras se extienden mas que la razon de la ley; como por ejemplo: se dice que en Bolonia estaba prohibida con pena de muerte toda efusion de sangre en la plaza pública, y si en ella un barbero sangrase á un hombre acometido de apoplegía, claro es que no faltaria á la ley, que deberia interpretarse restringiendo sus palabras. La declarativa es cuando la ley se extiende tanto como sus palabras, y solo es necesario explicarlas. Alvarez 2. part. tít. 1. lib. 1.

cion y régimen interior. En la seccion 5 del título 1 de la constitucion se detallan las facultades exclusivas del congreso general en el ejercicio de la potestad legislativa, agregándose á ellas la que se menciona en el artículo 145, por la que debe uniformar las leyes segun las cuales deben probarse los autos, registros y procedimientos de los jueces y demas autoridades de los estados para que hagan fe en toda la república.*

10. Aunque la ley regularmente se dirige á todos los súbditos del legislador, hay sin embargo algunas leyes especiales que solo tienen por objeto algunas personas ó cuerpos particulares, y estas se llaman privilegios, *privata lex*, y tienen la misma fuerza que las leyes generales. (1) Se dividen en reales y personales; estos, que son los concedidos á personas, se extinguen con la persona á quien se concedieron sin pasar á sus herederos, si no se dice otra cosa en su concesion (2). Los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á clases ó corporaciones, como el cle-

(1) L. 28. tít. 18. P. 1.
(2) Regla 27. P. 7.

ro y el ejército, ó á las poblaciones y lugares (1), como por ejemplo en las ferias, no siendo por tiempo expresamente limitado.

11. Los privilegios contrarios al derecho natural, á la utilidad comun, ó en perjuicio del derecho de tercero, conforme á las leyes (2) no deben ser cumplidos; porque se suponen concedidos, ó por haber alegado falsedad, y entonces se llaman *obrepticios*, ó por haber ocultado la verdad, y se dicen *subrepticios*, y en ambos casos no es voluntad del concedente que valgan (3); sino que se suspenda la concesion y se represente (4). En las leyes (5) se exceptúa sin embargo el privilegio de moratoria ó despacho de esperas graciosas, concedido al deudor en perjuicio, ó sin el consentimiento de sus acreedores; *mas esto no tiene lugar entre nosotros sancionado

(1) Gregor. Lop. glos. 1. de la reg. 27. y 3. de la l. 9. tít. 7. P. 5.

(2) L. 30 y siguientes tít. 18. P. 3. Auto acor. 70. tít. 4. lib. 2. de la R. *ó* l. 4. tít. 9. lib. 4. de la N.

(3) L. 36. tít. 18. P. 3.

(4) D. Aut. 70 *ó* ley. 4.

(5) L. 33. tít. 18. P. 3. y Auto Acord. 79. tít. 4. lib. 2. de la R. *ó* l. 1. tít. 33. lib. 11. de la N.

y reconocido como sagrado el derecho de propiedad, por el que solo el acreedor puede conceder esperas á su deudor.*

12.* Aunque las leyes españolas que nos gobiernan, se distinguian con diversos nombres, como pragmática sancion, real cédula, real declaracion, real decreto, carta circular, real órden y auto acordado; como esta distincion no disminuia su fuerza, y solo era con respecto al fin y modo de expedirlas, creemos excusado notar sus diferencias. Entre nosotros toda disposicion del legislador no tiene otros nombres que los de ley ó decreto, sin que entre ambos se note diferencia sustancial, al menos en cuanto á su fuerza, si no es la de que la ley tiene mas extension en cuanto á su objeto, que el decreto. *

13. El derecho no escrito es el que se ha introducido por costumbre, que segun la ley (1) es: *Derecho ó fuero que non es escripto, el cual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas en las sobre que lo usaron.* Para que la costumbre se entienda legítimamente introducida,

(1) L. 4. tít. 2. P. 1.

se requiere, (1) el uso del pueblo ó su mayor parte por diez ó veinte años, *sabiéndolo el señor de la tierra ó non lo contradiciendo.* Gregorio Lopez (2) dice que bastan los diez años para la introduccion de una costumbre, por la razon de que el pueblo siempre está presente, y de consiguiente no necesita de los veinte años que se conceden para la prescripcion contra el ausente; de manera que en su juicio se habló inadvertidamente cuando se señaló el periodo de veinte años, siguiendo la doctrina comun de las prescripciones. Meza (3) sin embargo, opina por la necesidad de los veinte años para la introduccion de la costumbre contra ausentes ó estándolo el señor de la tierra.

14. Requiere tambien la ley [4] para que la costumbre se tenga por legítimamente introducida, que en el tiempo necesario para su prescripcion se hayan dado judicialmente dos sentencias conforme á ella por hombres entendidos en juzgar

(1) L. 5. tít. 2 y P. 1.
(2) Gregor. Lop. glos. 4 de esta l.
(3) Meza: arte de conocer la fuerza y uso de los derechos. lib. 2. cap. 5.
(4) L. 5. citada.

no habiendo quien las contradiga; mas Gregorio Lopez [1] dice que las dos sentencias son necesarias, cuando se quiere probar la existencia de la costumbre por actos judiciales, de manera que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. El mismo autor deja al arbitrio del juez el computar el número de actos necesarios para introducir costumbre, cuando no se prueba su existencia por el medio de que habla la ley. Asi estas dos glosas, como la que indicamos en el párrafo anterior nos parecen muy sólidas.

15. La costumbre, siendo legítima, tiene fuerza de ley y produce los efectos de tal, no solo cuando no hay ley en contra, sino tambien para derogar la que existia si le es contraria, y para interpretar la dudosa, que debe observarse en el sentido que la fijó la costumbre [2]. Por esto se dice que la costumbre es fuera de la ley, ó contra la ley, ó segun la ley. Mas debe advertirse que para que se introduzca legítimamente no ha de ser contraria al derecho natural ni divino, ni á la suprema

(1) Gregor. Lop. glos. 7. y 8. de la l. 5. tít. 2. P. 1
(2) L. 6. tít. 2. P. 1.

potestad del soberano, ni á la útilidad pública [1], pues en cualquiera de estos casos no será costumbre, sino *dañamiento de los que la usaren é de toda justicia*, y como suele decirse, corruptela.

16. Para que derogue la ley debe ser general la costumbre, pues siendo particular solo produce este efecto en el lugar donde se hubiere introducido [2]. El autor de la Curia (3) enseña, que la costumbre para tener fuerza de ley ha de ser afirmativa, esto es, que se ha usado tal cosa, porque siendo negativa, esto es, que no se ha usado, no la tiene aunque dure mil años, á no ser que envuelva en sí algunos actos afirmativos, por lo menos tácitos. De ahí viene que las leyes no se entienden derogadas por el no uso solo, y se tienen por vigentes todas las que no se hayan abrogado por leyes posteriores, bajo cuya denominacion se comprende la costumbre legítimamente introducida [4]. La costumbre

(2) L. 5 tít. 2 y P. 1.
(2) L. 6. tít. y P. cit.
(3) Curia Filipica Part. 1. §. 8. n. 18.
(4) Auto 2. tít. 1. lib. 2. de la R. ó l. 11. tít. 2. lib. 3. de la N.

pierde su fuerza por otra contraria ó por ley que la destruya [1].

Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del Derecho que hizo Justiniano, en personas, cosas y acciones, que son la materia de los tres libros de esta Ilustracion, entrámos desde luego á tratar de las primeras en los títulos siguientes.

TITULO II.

Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde.

Tít. 21, 22 y 23. Part. 4.

1. Qué cosa sea estado de los hombres y su division.
2. Segun el estado natural, son 1.° nacidos ó por nacer.
3. 2.° Varones, ó hembras.
4. 3.° Mayores ó menores de edad.
5. Segun el estado civil, 1.° libres ó esclavos. Origen de la esclavitud.
6. Definicion de la esclavitud y de la libertad.
7. Leyes que han abolido la esclavitud.
8. Otras especies de servidumbre igualmente abolidas.
9. 2.° Nobles y plebeyos.
10. 11. 12. 3.° Seculares y eclesiásticos; exenciones de éstos.

(1) L. 6. tít. 2. P. 1.

1. El estado de los hombres, dice la ley 1. del título 23 de la Partida 4, es la *condicion ó manera en que los omes viven ó están*. Esta condicion es diversa ó por la naturaleza ó por la voluntad de los hombres y por eso el estado de ellos se divide en natural y civil.

2. Atendiendo al estado natural unos son nacidos, y otros por nacer. Estos cuando se trata de su bien y comodidad se reputan nacidos (1) con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos se tienen por no nacidos (2), y la ley 2. del título 8 del libro 5 de la Recopilacion, que es la 2 del título 5 del libro 10 de la Novísima requiere en estos para los efectos del derecho que vivan veinte y cuatro horas, reciban el bautismo, y nazcan en tiempo legítimo, que segun la ley 4

(1) L. 3 tít. 23 P. 4.
(2) L. 8 tít. 33 P. 7.

del título 23 de la Partida 4 son el séptimo ó noveno mes de la preñez. Los que nacen con miembros de mas ó de menos, como con una ó tres manos ó pies, se reputan por hombres (1); mas no los que nacen sin figura de tales, como con cabeza, ú otros miembros de bestias (2).

3. La segunda diferencia que resulta del estado natural es de varones y hembras; porque aunque bajo la palabra hombres se entienden tambien las mugeres, si no es en aquellos casos en que expresamente se les excluye (3), por lo que regularmente ó en caso de duda tienen el mismo derecho que los varones; sin embargo como las leyes se acomodan á lo que ordinariamente sucede, y por lo comun los varones exceden en prudencia y firmeza á las mugeres, y éstas tienen una condicion mas flaca, hay un axioma en derecho que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las mugeres en cuanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De

(1) L. 5 tít. 23 P. 4.
(2) LL. 5 y 8 tít. 23. P. 4.
(3) L. 6 tít. 33 P. 7.

aqui es que solo los hombres pueden obtener los empleos y cargos públicos (1), y de aqui es tambien que á las mugeres no les perjudica algunas veces la ignorancia de las leyes (2), y de ahí finalmente resultan otras diferencias entre varones y hembras que notaremos en sus lugares respectivos. Los hermafroditas, si los hay, gozan los derechos del sexo que domina (3).

4. Por último, se dividen los hombres por el estado natural en mayores y menores de edad. Los primeros son los que tienen veinte y cinco años cumplidos, y los segundos los que no han llegado á esa edad. La principal diferencia que hay entre unos y otros es, que los menores gozan del beneficio de la restitucion por entero, de que hablaremos en su lugar, cuando han recibido algun perjuicio. Los que no han cumplido siete años se llaman infantes (4), y los que no han llegado á catorce siendo varones, ó á doce siendo mugeres, impúberes, ó pupilos;

(1) L. 4 tít. 4 P. 3.
(2) L. 31 tít. 14 P. 5.
(3) Arg. de las ll. 17 tít. 16 P. 3 y 10 tít. 1 P. 6.
(4) L. 1 tít. 7 P. 2 y l. 4 tít. 16 P. 4.

distinguiéndose ademas segun que distan mas de la infancia ó de la pubertad, en próximos á la infancia y próximos á la pubertad. Estos que son los que tienen diez años y medio, ya se reputan capaces de dolo, y debe imponérseles alguna pena; mas no á aquellos (1). Los que han salido de la edad pupilar quedan libres de la tutela (2), pueden contraer matrimonio (3) y hacer testamento (4).

5. * La primera division que el autor establece entre los hombres segun el estado civil, es en libres, siervos ó esclavos, y aforrados ó libertos, tomando esta palabra del derecho romano, que designaba con ella á los que habiendo sido esclavos habian recobrado el estado de libertad, á los que en las Partidas se llama *aforrados* del verbo *aforrar*, que equivale al *manumittere* de los romanos, quienes daban á los libres para distinguirlos de los libertos el nombre de ingenuos. Felizmente ha desaparecido entre nosotros esta humillante distincion que

(1) L. 3 tít. 1 y l. 17 tít. 14 P. 7.
(2) L. 21 tít. 16 P. 6.
(3) L. 6 tít. 1. P. 4.
(4) L. 13 tít. 1 P. 6.

traia su origen del pretendido dominio del vencedor sobre el vencido á quien podia condenar á la muerte, ó conservar para su servicio, de donde les vino la denominacion de siervos tomada del verbo latino *servo;* y tambien del bárbaro concepto de reputar á los hombres de color negro entre las cosas, y como tales materia apta para el cambio, la compra y la venta. Por esto se asignaban tres principios á la esclavitud, que eran la aprension en guerra, el nacimiento de madre esclava, y la venta que hacia de sí mismo el mayor de veinte años, y de aqui se deducian los crueles derechos de los señores á quienes era permitido todo sobre sus esclavos, menos darles muerte ó lastimarlos gravemente, y á quienes se concedia el dominio de cuanto el esclavo adquiria por su trabajo ó por cualquier otro título. *

6. * Esta es en breve la idea del estado de esclavitud, cuya oposicion al derecho natural se confiesa en los mismos códigos que la establecen. Asi es que la ley 1. del título 21 de la Partida 4 define á la servidumbre: *Postura e establecimiento que ficieron antiguamente las gen-*

tes por la cual los omes que eran naturalmente libres se facen siervos, e se meten a señorio de otro contra razon de natura, y la 1. del título 22 de la misma Partida dice que la libertad es: *Poderio que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza o derecho de ley o de fuero non gelo embargue.* Las leyes antiguas fijan las personas á quienes se prohibia la adquisicion de esclavos, y el modo y términos en que éstos adquirian la libertad ya por ministerio de la misma ley, y ya por la manumision de sus señores; mas no siendo estas doctrinas de uso alguno entre nosotros por la abolicion de la esclavitud, creemos inútil referirlas por menor, y nos limitamos á extractar las leyes nacionales dadas sobre la materia. *

7. * La primera es la ley de 13 de julio de 1824 por la que se prohibió para siempre el comercio y tráfico de esclavos en todo el territorio de la república, declarando libres con solo el hecho de pisarlo á los que se introdujesen contra el tenor de esa prohibicion, confiscando el buque en que se transportasen con todo su cargamento, y condenando á

la pena de diez años de presidio al dueño, comprador, capitan, maestre y piloto. Posteriormente se declaró expresamente en casi todas las constituciones de los estados la cesacion de la esclavitud para lo de adelante, expresándose en varias que nadie nacia esclavo aunque sus padres lo fuesen. Destruidos de este modo los dos grandes principios de la esclavitud que son la venta, y el nacimiento, restaba solo libertar á los que existian, sobre los cuales nada decian las disposiciones citadas que no podian atacar el derecho de propiedad adquirido por sus dueños en el tiempo en que las leyes autorizaban esas adquisiciones; mas en 15 de setiembre de 1829 se dió por el gobierno investido de facultades extraordinarias el decreto de libertad para todos los esclavos existentes en la república, ofreciendo indemnizar á sus poseedores, y en las cámaras dejando subsistente el decreto se trata de hacer efectiva esta indemnizacion; con lo cual queda en un todo abolida la esclavitud (1).*

(1) Estas benéficas disposiciones han sido enervadas en parte en el estado de Coahuila y Tejas;

8 * En la edicion hecha en México en 1809 pone el editor en la adicion de Indias la especie de servidumbre que se conocia con el nombre de *gañaneria* á que eran condenados los indios en las haciendas ó fincas rústicas. Esta era muy semejante á la que sufrian entre los romanos los que se llamaban colonos ó siervos adscripticios. Se contraia por haber nacido en las mismas haciendas de laborío, y se les llamaba *gañanes* ó *navarios*, y en la otra América *janaconas*, y éstos estaban obligados á servir constantemente en aquella hacienda pasando con el fundo

en el que los americanos del Norte, que á pesar de los principios de su constitucion continúan haciendo de sus semejantes el comercio que reprueban la razon y la humanidad, han introducido porcion de esclavos en las colonias, que por la negligencia y criminal abandono del primer presidente de la república formaron allí con desprecio de las leyes del pais, y de la constitucion del estado. El congreso general bien penetrado de las circunstancias políticas de aquellos lugares dispuso en el artículo 10 de la ley de 6 de abril de 1830 que no se hiciese variacion con respecto á los esclavos que hubiera en aquellas colonias, pero encargando bajo la mas estrecha responsabilidad al gobierno cuidase de que no se introdujeran de nuevo.

cuando el dueño lo vendia, si no disponia de ellos de otro modo, á diferencia de los que se llamaban *tlaquehuales*, que eran propiamente siervos conducticios. Esta servidumbre está abolida por leyes antiguas (1) como igualmente la prohibicion que tenian los adscripticios para ausentarse del fundo sin licencia del dueño (2), y la de ser admitidos á recibir órden sagrado (3), hallándose en el dia los que se llamaban indios en aptitud y libertad para obtener todos los empleos y cargos públicos, no solo por los privilegios que les estaban concedidos, y que refieren latamente Beleña (4) y Solórzano (5), sino por el derecho pátrio que ha querido desterrar hasta la palabra que indicaba su origen (6), no reconociéndose en la constitucion mas que por el título de mexica-

(1) L. 11 tít. 2 lib. 6 de la Recop. de Indias, y cédula de 26 de mayo de 1609.
(2) Cédula de 10 de octubre de 1618.
(3) Cédula de 11 de octubre de 1766.
(4) Beleña, Autos acordados de N. E. pág. 53 á 56 del I. fol. y autos 16 y 17 del 3 fol.
(5) Solórzano Polít. Ind. lib. 1 cap. 12 y lib. 2 cap. 1 al 18.
(6) Orden de 17 de setiembre de 1822.

nos que comprende á todos los hijos de esta gran familia. *

9. * La segunda division de los hombres para el estado civil, que refiere el autor es en nobles y plebeyos. Esta odiosa distincion es tambien desconocida en la república. Por ella gozaban los primeros, que obtenian ese renombre por posesion inmemorial, ó de veinte años, ó por declaracion y privilegio del rey, las exenciones siguientes: franquicia de los pechos ó tributos plebeyos: no poder ser presos por deudas: no poder ser puestos á tormento, ni poder ser obligados á desdecirse cuando hubiesen injuriado á otro. En la república todos los hombres están sujetos á las mismas cargas, deben ser juzgados por unas mismas leyes, y gozan de los mismos derechos, sin que haya distincion alguna por razon del nacimiento, ni otras exenciones que las establecidas por las leyes no en favor de las familias, sino en consideracion á los cargos que sirven algunas personas. Es pues inútil detenernos mas en la explicacion de las causas y especies de nobleza de que tratan Garcia, Italora y otros, recordando solo como para prueba del aprecio que

aun en las monarquias absolutas han merecido las letras, que á los graduados de grado mayor en la universidad se concedian los fueros de nobles, y á los de grado menor los de caballeros. *

10. La tercera division es en seglares y eclesiásticos, distinguiéndose éstos en regulares que son *aquellos que dejan todas las cosas del siglo é toman alguna regla de religion para servir á Dios prometiéndola de guardar* (1), y seculares á quienes se llama comunmente clérigos, que no profesan regla alguna. No es de nuestro instituto hablar de la gerarquia eclesiástica, ni de las funciones y prerogativas espirituales de los individuos del clero, de que tratan los canonistas, sino solamente de las exenciones que se encuentran en el derecho civil. Segun las disposiciones de éste * los eclesiásticos están sujetos á las autoridades á que lo estaban segun las leyes vigentes cuando se sancionó la constitucion federal (2), * están libres, como tambien las iglesias y monasterios, de pagar el derecho de alcabala en

(1) L. 1 tít. 7 P. 1.
(2) Artículo 154 de la constitucion.

las ventas ó trueques que hicieren de sus bienes por lo que á ellos toca (1); mas no por lo que vendieren por via de mercaderia, trato y negociacion (2). Esta exencion no se extiende á los clérigos de menores órdenes, sino es que tengan beneficio eclesiástico (3); pues no teniéndolo son habidos por legos, menos en cuanto al privilegio del fuero que gozan, si tienen las circunstancias que exigió el Concilio de Trento, y están prevenidas por las leyes (4).

11. Están exentos ademas los eclesiásticos de las cargas personales (5), como son dar alojamiento, construir ó reparar los muros de ciudad ó villa, ó llevar para ello la cal y arena, extendiéndose esta exencion á sus criados que moran en sus casas. Mas como la ley dice que están exentos de hacerlo por sí mismos,

(1) L. 6 tít. 18 lib. 9 de la R. *ó* 8 tít. 9 lib. 1 de la N. y L. 17 tít. 13 lib. 8 de la R. de Ind.
(2) L. 7 tít. 18 lib. 9 de la R. *ó* 8 dicha de la N.
(3) L. 2 tít. 4 lib. 1 de la R. *ó* 7 tít. 10 lib. 1 de la N.
(4) L. 1 tít. 4 lib. 1 de la R. *ó* L. 6 tít. 10 lib. 1 de la N.
(5) L. 51 tít. 6 P. 1.

juzga Gregorio Lopez (1) que deberán contribuir en dinero, fundándose en que otra ley (2) expresa que están obligados á la construccion y reparo de fuentes y caminos, aunque por esto no los debe apremiar el juez secular sino el eclesiástico. Esta exencion no los exime de contribuir y cooperar en todos los pechos que á falta de propios y arbitrios del concejo ó ayuntamiento se imponen para bien comun y provecho de todos. Asi lo explican las leyes (3) hablando de muro, calzada, carrera, fuente ó puente, y de la guarda de pan y viñas, y Acevedo (4) asienta que siendo renuente el clérigo á pagar el tanto que con proporcion á sus bienes se le haya asignado, podrá exigirlo ó cobrarlo el juez secular de los frutos de los mismos bienes, apoyando su opinion en dos decisiones de las Chancillerias de Valladolid y Granada, y probando que ninguna de estas exenciones tiene lugar en casos de necesidad.

(1) Greg. Lop. glos. 5.
(2) L 54 tít. 6 P. 1.
(3) LL. 11 y 12 tít. 3 lib. 1 R. ó LL. 6 y 7 tít. 9 lib. 1 de la N.
(4) Aceved. comment. de dd. LL.

12. Con respecto á los bienes patrimoniales, ninguna ley habla expresamente; mas como las citadas en el párrafo anterior y alguna otra (1) declaran exentos de todo tributo á los clérigos, iglesias y monasterios, á excepcion de los que en las mismas leyes se explican, se les puede considerar exentos de todos los tributos ordinarios: pero es de notar con respecto á los bienes que adquieren las iglesias y demas manos muertas, que en el concordato de 1737 se determinó que quedasen sujetos á las mismas cargas que cuando los poseian los legos; á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion; mas por lo que hace á los bienes de los eclesiásticos particulares, que declara exentos la ley (2), nada se habló.

13. La cuarta division civil es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. Vecino en su mas amplia significacion se llama al que habita en algun lugar, tenido y reputado como tal en la estimacion del pueblo; y en este sentido

(1) L. 3 tít. 3 lib. 1 de la R. *ó* 1 tít. 9 lib. 1 de la N.
(2) L. 14 tít. 14 lib. 6 de la R. *ó* 3 tít. 18 lib. 6 de la N.

se llena en opinion de Acevedo (1) la circunstancia de vecindad requerida en los testigos del testamento abierto ó nuncupativo; pero propia y rigorosamente se llama vecino *el que tiene establecido en algun lugar su domicilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él.* Conforme al derecho de las Partidas (2) este ánimo se presume y reputa probado por el transcurso de diez años, aunque Gregorio Lopez (3) dice que tambien se prueba por hechos que lo manifiesten sin necesidad de ese transcurso, poniendo el ejemplo del que vende las posesiones que tenia en un lugar comprando otras en otro al que traslada su habitacion; y todavia con mas claridad, si es recibido como vecino por el comun de algun lugar dando fiadores de que permanecerá en él diez años, y sujetándose, segun Acevedo (4), á los tributos vecinales, que como lo indica su nombre deben pagarse solo por los ve-

(1) Aceved. en la ley 1 tít. 3 lib. 7 de la R.
(2) LL. 2 tít. 24 P. 4 y 5 tít. 2 lib. 7 de la R. *ó* 6 tít. 4 lib. 7 de la N. y arg. de la 32 tít. 2 P. 3.
(3) Greg. Lop. glos. 12 de la ley 32 tít. 2 P. 3 vers. *La setena.*
(4) Aceved. en la ley 1 tít. 3 lib. 7 de la R.

cinos, asi como solo estos deben obtener los cargos y empleos de los ayuntamientos, siempre que sean naturales del pais conforme á la ley (1). * Por el derecho pátrio se ha limitado el tiempo que fijan las leyes citadas de las Partidas para adquirir la vecindad, pues la constitucion federal (2) solo exige en el que no ha nacido en un estado para que éste lo pueda elegir senador ó diputado al congreso de la Union, la vecindad de dos años. Por lo que hace á la vecindad necesaria para obtener las cargas de los estados, sus leyes respectivas han fijado el tiempo necesario para ganarla, bastando en alguno tener bienes raices de cierto valor en su territorio, aunque no se tenga residencia.* Transeuntes son los que viven ó se hallan de paso en algun lugar sin ser vecinos de él.

14 Por último, se dividen los hombres en naturales y extrangeros. La ley (3) llama natural á *aquel que fuere nacido en estos reinos, é hijo de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre sea asimis-*

(1) LL. 5 tít. 2 y 1 tít. 3 lib. 7. de la R. ó 6 tít. 4 y 1. tít. 5 lib. 7 de la N.
(2) Const. feder. art. 19 part. 2.
(3) L. 19 tít. 3 lib. 1 de la R. ó 7 tít. 14 lib. 1 de la N.

mo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y demas haya vivido por tiempo de diez años; y añade que lo es tambien aquel cuyo padre nació en estos reinos, y le tuvo fuera de ellos estando ausente en servicio del rey, ó por su mandato, ó de paso y sin contraer domicilio, debiendo entenderse esto de los hijos legítimos ó naturales, pues respecto de los espurios deben concurrir estas circunstancias en la madre. Extrangero es aquel á quien falta alguna de estas circunstancias, ó mas breve: el que es de otra nacion. * Por las leyes antiguas los extrangeros no pueden obtener beneficios eclesiásticos, ni pensiones sobre ellos (1), como tampoco los oficios de alcaldias y regimientos en las ciudades, villas ó lugares, ni ninguno de los cargos que toquen al gobierno de ellos (2); y por las nacionales les está prohibida la adquisicion de propiedades, territoriales rústicas, concediéndoseles en todo lo demas los mismos derechos civiles que á los naturales. (3).

(1) LL. 18 y 19 tít. 3 lib. 1 de la R. ó 7 tít. 14 y 1 tít. 23 lib. 1 de la N.
(2) LL. 2 y 27 t. 3 lib. 1 de la R. ó 2 t. 5 lib. 7 de la N.
(3) Art. 6 de la ley de 12 de marzo de 1828.

15. El autor no habla de los naturalizados, que son los extrangeros que han obtenido carta de naturaleza, mediante la cual se igualan á los naturales, sino es en aquellos casos en que expresamente se requiere ser mexicanos por nacimiento. En la República están naturalizados todos los extrangeros, sea cual fuere su orígen, que se hallaban en ella el dia 24 de febrero de 1822 (1), y pueden serlo todos los que quieran, cumpliendo con los requisitos que previene la ley (2). Conforme á esta, el extrangero que desee naturalizarse deberá presentarse un año antes al ayuntamiento del lugar de su residencia manifestándole su designio de establecerse en el pais. Despues acreditará por informacion ante el juez del distrito ó circuito mas cercano á su residencia, y con citacion del síndico si es ante el primero, ó del promotor fiscal siendo ante el segundo, que es católico, apóstolico romano, lo que tambien se prueba con la partida de bautismo: que tiene giro, industria útil ó renta, expresando cual sea, y que tiene buena con-

[1] Decreto de 24 de febrero de 1822.
[2] Ley de 14 de abril de 1828.

ducta. Con estos documentos y testimonio de la manifestacion hecha al ayuntamiento se ocurrirá al gobernador del estado ó distrito, ó gefe político del territorio, pidiendo la carta de naturaleza. En el ocurso se hará renuncia expresa de toda sumision y obediencia á toda nacion ó gobierno extraño, y especialmente al que pertenezca el interesado, como igualmente de todo título, condecoracion ó gracia que se haya obtenido de otro gobierno, y una protesta formal de sostener la constitucion, acta constitutiva y leyes generales de la República, y con estos requisitos se expedirá la carta de naturaleza, en la que se entienden comprendidos la muger y los hijos no emancipados, perdiéndose la naturalizacion por contraerla en otro pais, ó por admitir empleo, comision, renta ó condecoracion de otro gobierno, no entendiéndose lo primero por la ausencia de la República siendo con pasaporte del gobierno, y no excediendo de ocho meses. Los hijos de los mexicanos nacidos fuera del territorio de la República serán considerados como nacidos en él; mas los de los extrangeros no naturalizados que nazcan en él no se reputan naturales, pero podrán

obtener carta de naturaleza, dentro del año siguiente á su emancipacion. El empresario de una colonizacion tendrá derecho á pedir la naturalizacion, y se le concederá luego prestando el juramento de obediencia á la constitucion, y los colonos se tendrán por naturalizados pasado un año de su establecimiento; y los extrangeros que sirvan en la marina lo serán igualmente con solo declarar su voluntad de serlo ante la autoridad política mas inmediata, y prestando el juramento que se ha dicho; no pudiendo concederse carta de naturaleza á los súbditos de la nacion que tenga guerra declarada con la república.*

16.* Los extrangeros naturalizados tienen los mismos derechos que los mexicanos, y pueden obtener todos los empleos y cargos públicos hasta ser individuos del congreso general, para lo cual sobre la naturalizacion deben tener ocho años de residencia en la República y una propiedad raiz del valor de ocho mil pesos, ó una industria que les dé mil (1); aunque siendo militares que hayan hecho servicios á la independencia les bastan los ocho años de ve-

[1] Const. fed. art. 20.

cindad, y siendo nacidos en cualquiera parte de las Américas que se han hecho independientes de la España, solo necesitan tres años de vecindad (1). Mas no pueden, sin embargo de estar naturalizados, ser presidente ó vicepresidente de la República (2), secretarios del despacho (3), individuos de la córte de justicia, sino son los nacidos en la América antes española con cinco años de vecindad (4), obispos (5) ni jueces de hecho para el *juri* de imprenta. (6). *

17. * Además de las divisiones explicadas se conoce otra en la República, de que creemos necesario hacer alguna mencion. Esta es la de ciudadanos, y se llaman así los que disfrutan los derechos políticos, y no ciudadanos que son los que no los disfrutan, ó porque nunca los han tenido, ó porque los llegaron á perder. Estos derechos se reducen principalmente, á la facultad de votar en las juntas populares, y á la

[1] Const. feder. art. 21.
[2] La misma art. 76.
[3] La misma art. 121.
[4] La misma art. 125.
[5] Ley de 17 de febrero de 1830. art. 1.
[6] Ley de 14 de octubre de 1828. art. 4.

capacidad de ser elegido por ellas para los cargos públicos. Como la constitucion federal no fijó [como parece deberia haberlo hecho] las condiciones necesarias para ser ciudadanos de la República, sin cuya circunstancia nadie podria serlo de los estados, ha quedado al arbitrio de estos señalar y fijar el goce de estos derechos, que indudablemente no se adquieren sino en determinada edad, y se pierden por sentencia y condenacion á ciertas penas, sobre lo cual deberán consultarse las constituciones y leyes particulares de los estados, haciendo solamente la observacion de que la ciudadanía que estos suelen conceder á personas que no residen en su territorio, solo puede tener su efecto para las cargas del mismo estado; mas no para aquellas que son de la federacion, y asi hemos visto reprobarse por una de las cámaras de la Union el nombramiento hecho para ella en persona que tenia el título de ciudadano por un estado sin tener la vecindad de dos años que exige la constitucion federal. *

TITULO III.

Del poder que tienen los padres sobre sus hijos.

Títulos 17 y 18 P. 4.

1. Que es pátria potestad y sus dos especies.
2. De la pátria potestad útil y modos de adquirirla.
3. De los efectos que produce respecto de los bienes de los hijos.
4. El padre no es puramente administrador.
5. Modos de extinguirse la pátria potestad. 1° la muerte.
6. 2.° El destierro.
7. 3.° Las dignidades.
8. 4.° La emancipacion.
9. Casos en que el padre puede ser obligado á emancipar á sus hijos.
10. Se extingue tambien la pátria potestad por el matrimonio del hijo, y por exponerlo su padre.

1.* La pátria potestad es *el poder que han los padres sobre los hijos* (1), no solo para conseguir su cómoda educacion, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia (2), de modo que tiene una parte gravosa á los padres y otra que les es útil, por lo que se puede dividir en onerosa

(1) L. 1 tít. 17 P. 4.
(2) LL. 5. tít. 20 P. 2 y 1. 3. y 5 tít. 17 P. 4.

y útil. La primera es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó no los hijos, y no es otra cosa que el complexo de las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos los que han dado el sér á otros (1). Estas obligaciones se reducen á criar y alimentar á los hijos, siendo esto del cargo de la madre hasta los tres años, y despues del padre (2): á instruirlos, gobernarlos y cuando fuere necesario castigarlos moderadamente, para hacerse obedecer (3), y para encaminarlos y proporcionarlos para algun oficio ó profesion útil con que puedan vivir honesta y cómodamente (4); y siendo negligentes ó estando imposibilitados los padres para cumplir con esta obligacion, tienen los magistrados el deber de desempeñarla (5). *

2. La pátria potestad útil es el derecho que los padres tienen en los bienes de sus hijos; es propia de solo el padre (6),

(1) L. tít. 19 P. 4 y céd. de 11 de diciembre de 1796 art. 25.
(2) LL. 1, 2, 3, 4 y 5 tít. 19 P. 4.
(3) LL. 3 tít. 20 P. 2 y 18 tít. 18 P. 4.
(4) Art. 1 de la Céd. de 12 de julio de 1781.
(5) Art. 2 de la misma.
(6) LL. 2 y 3 tít. 17 P. 4.

y sobre los hijos legítimos no emancipados (1); por cuya razon no se extiende ya á los nietos y demas descendientes, como prevenia el derecho de las Partidas (2), estando resuelto posteriormente (3), que quede emancipado el hijo que fuere casado y velado; de que se infiere contra Antonio Torres y Martin Galindo la necesidad de las velaciones en las nupcias para que estas tengan fuerza de emancipacion. La ley (4) señala cuatro modos de adquirir esta potestad: I. El matrionio segun el rito de la Iglesia: II El juicio de linage por el que se decida que uno es hijo ó padre de otro: III. El yerro del hijo emancipado contra su padre que lo hace volver á su potestad, y IV. La adopcion ó porfijamiento. Sobre esta division debe notarse: que no se menciona en ella la legitimacion, porque sin duda se entiende comprendida en el primer modo: que el segundo no es modo de constituir sino

(1) L. 2 tít. 17 P. 4.
(2) L. 1 del mismo tít. y P.
(3) L. 8 tít. 1 lib. 5 de la R. ó 3 tít. 5 lib. 10 de la N.
(4) L. 2 tít. 17 P. 4.

de probar la pátria potestad y que el yerro de que habla el tercero ha de ser deshonrando al padre de palabra ó he cho (1).

3. Constituida la pátria potestad por cualquiera de estos modos, el padre tiene el dominio de los bienes del hijo, no de todos como prevenia el antiguo derecho de los romanos, sino de algunos en los términos que vamos á explicar. A los bienes de un hijo que está aun en poder de su padre se da el nombre de *peculio* que no es otra cosa que *pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo separado de los bienes que gobierna el padre*, y es de cuatro maneras que son: profecticio, adventicio, castrense y cuasi castrense (2). El profecticio es *el que ganan los hijos con los bienes de los padres ó por razon de sus padres que los tienen en su poder*, y de este es absolutamente dueño el padre. Adventicio se llama *el que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre ó de cualquier otro, ó si hallase tesoro ó alguna otra*

(1) L. 19 tít. 18 P. 4.
(2) L. 5 tít. 17 P. 4.

cosa. En este la propiedad es del hijo, y el usufructo del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida (1); y en caso de emancipar, al hijo le corresponde la mitad del usufructo, quedando la otra para el padre si no la remite (2). El castrense es *el que gana el hijo por razon de la guerra*, ó como suele decirse, de la milicia armada, y el cuasi castrense: *el que gana por razon de la milicia togada*, esto es, por servir á la república de juez, abogado, catedrático y otros oficios semejantes. Estos dos son en todo del hijo, que puede disponer de ellos á su arbitrio, sin que en ellos tenga derecho alguno su padre (3).

4. El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes agenos. Asi es que no necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion, ni para enagenar los bienes raices, cuando hay justa causa para ello (4). Tampoco está obligado á hacer

[1] L. 5 tít. 17 P. 4.
[2] L. 15 tít. 18 P. 4.
[3] LL. 6 y 7 tít. 17 P. 4.
[4] L. 24 tít. 13 P. 5.

inventario de ellos, sino solo una descripcion ante un escribano, presentes el padre y el hijo y dos testigos, como prueba Castillo (1), explicando la diferencia entre el inventario y la descripcion.

5. Las leyes de las Partidas (2) señalan cinco causas por las cuales se acaba la pátria potestad, que son: I. Muerte natural. II. Destierro perpetuo, al que llamaban antes muerte civil. III. Dignidad á que sea ascendido el hijo. IV. Emancipacion de este hecha por el padre. V. Incesto cometido por el padre (3). En cuanto al primero la ley de Partida distingue, como las romanas, la muerte del padre de la del abuelo, por cuanto aquel no se reputaba fuera de la potestad aunque ya fuese casado y con hijos; pero como por la ley de la Recopilacion (4) el hijo casado y velado sale de la pátria potestad, no tiene lugar esa distincion, y el primer modo debe entenderse únicamente de la muerte del

[1] Castillo de usufruct. cap. 3 nr. 10, 69, 87 y sig.
[2] Princip. y l. 6 tít. 18 P. 4.
[3] L. 6 cit.
[4] L. 8 tít. 1 lib. 5 de la R. ó 3 tít. 5 lib. 10 la N

padre respecto del hijo, á no ser que las nupcias no hubiesen sido veladas.

6. Del segundo modo, que es el destierro perpetuo, se explican dos especies en la ley (1), comparando la primera á la servidumbre de pena de los romanos, y la otra á la que estos llamaban deportacion, pues en una y otra perdia los bienes el desterrado; mas por el destierro ya perpetuo, ya temporal por el que no se quitaban los bienes al desterrado, que los romanos llamaban relegacion, no se perdia la pátria postestad (2). * En la República no puede tener lugar este modo de perderse la pátria potestad, sea porque no se conoce ya la servidumbre de pena, que consistia en la perpetuidad segun el derecho de las Partidas (3), y á nadie se puede condenar á pena perpetua, ó por tiempo que pase de diez años, ó sea principalmente, porque está prohibida la confiscacion de bienes (4) que era el motivo por que el desterrado perdia la pátria potestad.*

(1) L. 8 tít. 18 P. 4.
(2) L. 3 tít. 18 P. 4.
(3) LL. 2 tít. 18 P. 4 y 18 tít. 1 P. 6.
(4) Constitucion federal art. 147.

7. Por lo que hace al tercer modo, que es la dignidad del hijo, se señalan en las leyes (1) doce dignidades, cuya posesion ponia á los hijos fuera de la potestad de sus padres. * De ellas no existe entre nosotros mas que la de obispo; pero atendido el espíritu de las leyes podrá decirse que libertan de la pátria potestad aquellas dignidades ó empleos que hacen al hombre gefe privativo de algun distrito ó cuerpo. *

8. La emancipacion, que es la cuarta causa porque se extingue la pátria potestad, es el acto por el cual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente (2). Se hace la emancipacion presentándose padre é hijo ante el juez ordinario, y diciendo aquel que aparta á su hijo de su poder y le da facultad para que se maneje por sí, contratando y compareciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar expresamente esta dimision; mas el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al supe-

(1) LL. 7 y siguientes tít. 18 P. 4.
(2) L. 15 tít. 18 P. 4.

rior con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá (1). Al menor de siete años se puede emancipar con decreto del soberano (2), y tambien al ausente; pero si este es mayor de siete años deberá prestar su otorgamiento ante el juez.

9. Aunque regularmente hablando ni el padre puede ser obligado á emancipar á su hijo, ni este á ser emancipado, pues que ambos deben convenir en ello (3); sin embargo hay cuatro casos en los que puede obligarse al padre á que haga la emancipacion (4). I. Cuando el padre castiga con crueldad al hijo. II. Cuando prostituye á sus hijas. III. Cuando admite una herencia ó legado en testamento con la condicion de que ha de emancipar á su hijo. IV. Cuando habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de catorce años, salido este de esa edad ocurre al juez para que se le emancipe.

10. * Ademas de las cinco causas enu-

(1) Aut. acord. 20 tít. 9 lib. 3 de la R. ó l. 4 tít. 5 lib. 10 de la N.
(2) L. 16 tít. 18 P. 4.
(3) L. 17 tít 18 P. 4.
(4) L. 18 del mismo tít. y P.

meradas por el autor, hay otras dos que extinguen la pátria potestad, y son de parte del hijo el matrimonio contraido con todas las solemnidades y bendiciones nupciales, de que ya se ha hecho mencion, y de parte del padre el hecho de exponer á sus hijos, por el que pierden todos los derechos que tenian en ellos sin que se les conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza, si no es que prueben que el motivo de la exposicion del hijo fue una necesidad extrema (1). *

TITULO IV.

De los Desposorios y Matrimonio.

Partida 4 títulos 1 y 2 y título 1 lib. 5 de la Recop. ó 2 del libro 10 de la Novissima.

[1] Art. 25 y 26 de la Cédula de 11 de diciembre de 1796.

1. El matrimonio es la primera causa de la pátria potestad, y á el preceden

los desposorios, ó esponsales, como los llama el derecho canónico, que son *prometimientos que hacen los hombres por palabras cuando quieren casarse* (1). Esta manifestacion por palabras no es tan esencial á los esponsales, que no pueda hacerse por otras señales claras, que quitan toda duda, como debe suceder en los mudos (2). Como la obligacion que producen es mutua entre el varon y la muger, debe serlo igualmente la promesa en que consisten, y recíproca la aceptacion, de modo que puede ser obligado el que resista cumplirla á pedimento del otro, y siempre que conste del modo que previenen las leyes por el tribunal eclesiástico (3); á no ser que tenga alguna de las nueve causas para no querer, que refieren las mismas leyes (4); debiendo advertirse que la séptima no tiene ya lugar, pues los esponsales de presente no constituyen ahora el matrimonio, como lo constituian en el tiempo en que se formaron las Partidas. La edad bastante pa-

(1) L. 1. tít. 1. P. 4.
(2) L. 5. tít. 4 P. 4.
(3) L. 7 tít. 1 P. 4.
(4) L. 3 del mismo tít. y P.

ra contraer esponsales es la de siete años (1).

2. Asi para el matrimonio como para el valor legal de los esponsales, es requisito necesario el consentimiento de los padres, y sobre esto se han expedido diversas pragmáticas y cédulas que expondremos brevemente. La pragmática de 23 de marzo de 1776 (2) previene, que todos los menores de 25 años que se casaren sin pedir y obtener el consentimiento de su padre, en su defecto de la madre, y á falta de ambos de los abuelos, parientes mas cercanos, tutores ó curadores, queden excluidos y privados de todos los efectos civiles, y desheredados, así de los bienes libres, como de los vinculados que puedan tocarles, y que en la misma pena incurran los mayores de 25 años que no pidan el consejo paterno para contraer matrimonio; y por la de 31 de mayo de 1783 se previno que aun los mayores de 25 años tuviesen la obligacion de obtener el consentimiento paterno, que solo son parte legítima para pedir

(1) L. 6 del mismo.
(2) L. 9 tít. 2. lib. 10 de la N.

los mismos hijos conforme á la cédula de 18 de mayo de 1788 (1).

3. La pragmática de 23 de marzo se comunicó á las Américas por cédula de 7 de abril de 1778 con algunas adiciones reducidas, á que los españoles europeos establecidos en ellas pidan el consentimiento á la justicia ó juez del lugar de su residencia: que la pragmática no se entienda con las castas: que los indios tributarios pidan la licencia para sus matrimonios á los respectivos curas en el caso de que no puedan obtenerla pronta y facilmente de sus padres: que los caciques se consideren como españoles, y que las audiencias formasen una instruccion sobre esto que observarian desde luego remitiéndola para su aprobacion, como lo hizo la de México en 24 de julio de 1779 y le fue aprobada por cédula de 13 de noviembre de 1781, en la que se inserta la instruccion compuesta de nueve artículos, resultando comprendidos en lo dispuesto por la pragmática, los mestizos hijos de español é india, y expresándose el modo de solicitar el consentimiento cuando los padres ó tutores están ausen-

(1) L. 17 tít. 2 lib. 10 de la N.

tes dentro del distrito de la audiencia: que deberá hacerse cuando no contesten, y el modo con que las justicias han de suplir en estos casos el consentimiento; y á consulta del gobernador de Yucatán sobre la cédula de 7 de abril en que se insertó para América la pragmática de 23 de marzo, se declaró en 10 de julio de 1783 que los juicios de disenso se pongan ante la justicia ordinaria aun cuando los contrayentes sean militares, y que las apelaciones fuesen á las audiencias. Despues se expidió la cédula de 1.° de febrero de 1785 (1) mandando que se hiciese general la práctica del Arciprestazgo de Ager en Cataluña de expresar en las moniciones, que el matrimonio que se intentaba, estaba tratado y convenido con consentimiento de los padres, lo que se anotaba igualmente en la partida, siendo cargo de la visita de los libros la omision de esta circunstancia, y que cuando el padre disintiese, se remitiera el conocimiento del disenso al juez secular, y mientras estaba pendiente se suspendia todo procedimiento ulterior, y encargando en su consecuencia no se

(1) L. 14 tít. 2 lib. 10 de la N.

consintiesen las extracciones y depósitos voluntarios que solian ejecutar los jueces eclesiásticos de las hijas de familia sin noticia y contra la voluntad de los padres y tutores, ni tampoco ningun otro procedimiento hasta que en sus curias se presenten las licencias ó asensos paternos, ó la declaracion del disenso irracional (1). En órden á depósitos se expidió en 23 de octubre de 1785 una cédula (2) en que se manda, que los depósitos por opresion y para explorar la libertad se expidan por el juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, se conocerá por la justicia secular; pero si se trata de verificar los esponsales, concluido el juicio de racionalidad del disenso, conocerá el eclesiástico impartiendo para la ejecucion el auxilio del brazo secular.

4. Ultimamente se expidió la pragmática de 10 de abril de 1803 (3) por la que derogándose en parte la de 23 de marzo de 1776 y en todo la de 31 de mayo de

(1) L. 15. tít. 2 lib. 10 de la N.
(2) L. 16 tít. 2 lib. 10 de la N.
(3) L. 18 tít. 2 lib. 10 de la N.

1783, se previene que los hijos varones antes de cumplir 25 años, y las mugeres 23, necesitan para contraer matrimonio, licencia de su padre: á falta de este necesitan la de la madre, pero solo hasta los 24 los varones, y 22 las mugeres: en defecto de la madre la del abuelo paterno, y á falta de este del materno, pero solo hasta los 23 los hombres y 21 las mugeres: á falta de todos estos entrará el tutor, y no habiéndolo el juez, y solo se necesita hasta los 22 en los hombres y 20 en las mugeres, sin que ninguno de los mencionados tenga que dar á su menor razon de su *disenso* en caso de que niegue la licencia, aunque los interesados podrán ocurrir á las autoridades para que tomando los informes convenientes, se conceda ó niegue por ellas el permiso necesario que supla el consentimiento denegado para efectuar el matrimonio. Se previene tambien que las personas que necesiten licencia del gobierno para casarse, (1) deberán

(1) Las leyes 82 y 84 y siguientes del título 16 del libro 2 de la Recopilacion de Indias, prohibian en lo absoluto contraer matrimonio á las personas que obtenian cierta clase de empleos, que se omite

solicitarla despues de obtenida la de sus padres, expresando siendo menores, la causa que estos hayan tenido para concederla, y si son mayores las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Que el eclesiástico que autorice los matrimonios sin estos requisitos sea expatriado y pierda las temporalidades, incurriendo en la misma pena los contrayentes, y por último, que en los tribunales eclesiásticos no se admitan demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pú-

enumerar porque no existen. La cédula de 9 de agosto de 1779 previno que los oficiales reales, administradores de rentas, tesoreros &c. &. no pudiesen contraer matrimonio sin licencia expresa del rey, y por órden de 19 de noviembre de 1783 se declaró no estar comprendidos en la anterior los administradores subalternos. Supuesta la variacion hecha en la forma de gobierno, y en el sistema de rentas, casi no tienen lugar esas disposiciones, y para el requisito de la licencia para casarse se puede fijar la regla de que la necesitan todos los empleados del gobierno general que contribuyen al montepío. Por lo que hace á los empleados de los estados se consultarán sus respectivas leyes.

blica (*), debiendo arreglarse en lo succesivo á esta pragmática y no á otra la celebracion de los matrimonios. *Por las leyes que actualmente nos rigen, la facultad de suplir el consentimiento de los padres en caso de disenso pertenece, no á los jueces, sino á las autoridades políticas, y se ejerce en el distrito y territorios por el gobernador y gefes políticos conforme al art. 18 cap. 3 de la ley de 23 de junio de 1813, y en los estados por las autoridades que designan sus respectivas leyes.*

5 Explicadas ya las disposiciones legales necesarias para el valor de los esponsales que preceden al matrimonio, es tiempo de hablar de él. La ley (1) lo define: *Ayuntamiento de marido é de muger fecho con tal intencion de vivir siempre en uno é de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é no se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro va-*

[*] De las demandas sobre valor de esponsales conoce el juez eclesiástico, aunque sea militar el demandado, y hallándolos obligados pasará su sentencia al comandante general para que verificado el despojo del empleo, proceda el eclesiástico segun la orden de 15 de agosto de 1775.

(1) L. 1 tít. 2 P. 4.

ron viviendo ambos á dos. El matrimonio que entre nosotros tiene el doble carácter de contrato y de sacramento, se contrae lícita y válidamente siempre que no interviene ninguno de los impedimentos que llaman impedientes, que se oponen á lo lícito del acto, ó dirimentes, que son los que destruyen su valor y subsistencia. Los impedimentos que impiden contraer lícitamente el matrimonio, pero que contraido no lo anulan, son cuatro comprendidos en el siguiente.

Sacratum tempus, vetitum, sponsalia, votum
Impediunt fieri, permmitunt facta teneri.

Es decir, el tiempo feriado en que no se hacen las velaciones, la prohibicion de la Iglesia como el casamiento entre católico y hérege, aunque este no parecen sostenerlo las leyes civiles (1): los esponsales celebrados con otra persona distinta de aquella con quien se va á contraer el matrimonio, y el voto simple de castidad.

6. Los dirimentes proceden de cuatro causas que son: I. La falta de consentimiento. II. El defecto de la naturaleza.

(1) L. 15 tít. 2 P. 4. Aunque Gregorio Lopez en su glosa sostiene lo contrario.

III. El derecho de la sangre. IV. La santidad de la religion, y de ellas se deducen los catorce que se conocen y se comprenden en los siguientes versos.

I. *Personæ ac status error, mens simulata, furensque.*
Vis, raptusque. II. *Impubertas et debile corpus.*
III. *Stirps cognata vel affinis, sponsalis honestas.*
IV. *Dispar cultus, et ordo sacer, professio claustri.*
Stans foedus, vel clandestinum, et crimina bina
Impediunt semper, dirimuntque jugalia vincla.

Como el matrimonio es un contrato, el consentimiento mútuo de los contrayentes es lo que lo constituye esencialmente; de modo que siempre que falte ó no sea enteramente libre y espontáneo, el matrimonio es nulo (1); á diferencia de los demas contratos que se rescinden por la falta de consentimiento (2), pero no se anulan, como explica Gregorio Lopez (3). El consentimiento debe ser manifiesto, pero no solo por palabras, sino tambien por señales inequívocas como sucede en los mudos (4). Por la falta de él dirimen el matrimonio el

(1) L. 15 tít. 2 P. 4.
(2) L. 56 tít. 5 P. 5.
(3) Gregor. Lop. glos. 1 de la l. 8 tít. 5 P. 5.
(4) L. 5. tít. 2 P. 4.

error, ya sea sobre la persona, ya sobre su estado, pues no puede consentir el que no conoce la cosa, ó la conoce con error sobre su sustancia, y por eso no basta á dirimirlo si el error es solo sobre la calidad ó fortuna del otro (1): la demencia ó locura, porque los que adolecen de esta enfermedad no pueden prestar un verdadero consentimiento, si no es que tengan algunos intervalos de buena razon, y lo presten en alguno de ellos (2): la fuerza ó miedo que cae en varon constante (3); y el rapto violento de la muger (4), mientras no sea restituida á parte segura donde pueda explicar su voluntad libremente.

7. Del defecto de la naturaleza resultan dos impedimentos: Uno la falta de edad, pues no se puede contraer matrimonio antes de los 14 años en el varon, y de los 12 en la muger, si no es en uno que otro caso en que la naturaleza se anticipa (5):

(1) L. 10 del mismo tít. y P.
(2) L. 6 del mismo.
(3) L. 15. del mismo.
(4) L. 14 del mismo.
(5) L. 6 tít. 1 P. 4.

El otro impedimento es la impotencia de concurrir carnalmente (1).

8. Del derecho de la sangre, ó sea respeto debido al parentesco, resultan los impedimentos del parentesco ó consanguinidad, de afinidad, y de pública honestidad, que merecen una explicacion mas detenida. El parentesco ó consanguinidad es: *Atenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz* (2). Es de cuatro maneras, á saber: meramente natural, que es el que resulta de un comercio ilícito, y este es el que tienen todos los nacidos fuera de matrimonio. Meramente civil, que es el que resulta de la adopcion. Mixto de natural y civil, que es el que proviene de legítimo matrimonio, pues á él concurren la naturaleza y la ley, y espiritual, que es el que se contrae por el bautismo y la confirmacion. En el parentesco hay lineas y grados. La linea es: *el ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz.* Esta ó es recta ú oblicua, á que llaman

(1) L. 16 tít. 2 P. 4.
(2) L. 1 tit. 6 P. 4.

tambien lateral ó transversal. La recta es entre personas que una viene de la otra, y si se cuenta subiendo, como en hijo, padre, abuelo, bisabuelo, se dice *de ascendientes*, y si bajando como en bisabuelo, abuelo, padre, hijo, se llama *de descendientes*. La transversal es en la que entran personas que no descienden unas de otras y empieza en los hermanos, siguiendo entre los descendientes de uno de estos respecto de los del otro; por lo cual se llama transversal, aunque todas las personas comprendidas en ella descienden de un mismo tronco (1). Esta es igual cuando por ambos lados se cuenta igual número de personas, y desigual cuando por un lado hay mayor número que por el otro.

9. Grado es la distancia que hay de un pariente á otro proveniente del número de generaciones que median. En la línea recta de ascendientes, ó descendientes, se cuentan los grados del mismo modo por el derecho civil que por el canónico, y se dice que hay tantos grados cuantas son las generaciones, ó cuantas son las

[1] L. 2 tít. 6 P. 4.

personas que intervienen, menos una, y asi el hijo dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, ó tres personas. En la línea transversal se cuentan de diverso modo en ambos derechos; porque segun el civil se computan subiendo desde una de las personas al tronco, y bajando despues hasta la otra, de modo, que resultan tantos grados cuantas personas, menos una; y segun el canónico solo se sube de la una al tronco, resultando que están entre sí las dos personas, como la mas distante del tronco lo está con él. De esta diversidad se sigue que en la computacion civil es una misma la regla, sea igual ó desigual la línea, y no así en la canónica, en la cual, siendo igual, distan las dos personas entre sí, lo que cada una del tronco, y siendo desigual lo que la mas remota dista del tronco, y de la misma diversidad resulta que en el derecho civil no hay primer grado en la línea transversal, pues por ejemplo entre dos hermanos, que son las personas mas cercanas, subiendo del uno al padre y bajando de este al otro hermano, resultan tres personas, que son dos grados. Debe tenerse presente que la computacion civil se sigue en las succe-

siones, y la canónica en los matrimonios (1).

10. La afinidad es: *Allegamza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger* (2). Nace pues de la union carnal del varon y la muger, sea ó no lícita, y por ella los parientes del varon se hacen cuñados ó afines de la muger, y los de ésta del marido en el mismo grado en que son parientes (3).

11. Hemos dicho ya que el parentesco civil es el que resulta de la adopcion en los términos que explica la ley (4), y el espiritual el que nace del bautismo y la confirmacion, y tambien puede llamarse asi el vínculo que llaman de *pública honestidad* que resulta por el matrimonio rato, ó los esponsales válidos entre el marido ó esposo y los parientes de su muger ó esposa, y entre los de ésta y los de aquel.

12. Explicadas las especies de parentesco, y los modos de computar sus grados, resta solo fijar los términos á que se

(1) LL. 3 y 4 tít. 6 P. 4.
(2) L. 5 del mismo tít. y P.
(3) La misma l. 5.
(4) L. 7 tít. 7 P. 4.

extiende la prohibicion de contraer matrimonio. En la linea recta del parentesco natural ó consanguinidad la prohibicion se extiende á todos los grados sin limitacion (1); y por eso se dice que si Adan viviera viudo no podria volverse á casar. En la transversal desigual si hay atingencia al primero, tampoco tiene límites la prohibicion, y asi un tio no puede casarse con sus sobrinas de ningun grado (2); pero en la igual solo se extiende al cuarto grado inclusive (3). En la afinidad, si nace de cópula lícita sigue las mismas reglas que la consanguinidad, y asi es que con la muger que fue de un descendien-

(1) L. 4 tit. 6 P. 4.
(2) La misma l. 4.
(3) Esta prohibicion no comprende á los que se llamaban indios que por privilegio del papa Paulo III pueden contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, estándoles solo prohibido hasta el segundo En los impedimentos que resultan del segundo grado de consanguinidad y afinidad por cópula lícita: en el primero y segundo con atingencia al primero en la linea transversal, y en el primero por cópula ilícita pueden dispensar los diocesanos de la república, ó cabildos sede-vacantes, segun las facultades que les han sido concedidas en los dos últimos pontificados, y á que ha dado pase el supremo gobierno.

te ó ascendiente no podrá casar ninguno de la linea recta, y en la colateral hasta el cuarto, y si es de cópula ilícita solo llega al segundo. El impedimento de pública honestidad si proviene de matrimonio rato se extiende al cuarto grado, y si es de esponsales válidos no pasa del primero. El del parentesco espiritual es entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por la otra, y lo mismo en la confirmacion [1]. El que resulta de la adopcion imita al de la consanguinidad, y asi el padre por adopcion no puede casar con su hija adoptiva, aun cuando se acabe la adopcion; pero bien podrá casarse la hija por naturaleza con el hijo adoptivo de su padre emancipado (2).

13. De la santidad de la religion nacen los impedimentos de desigualdad de cultos, que se verifica entre el cristiano y el infiel, ó bautizado y no bautizado (3), el órden sagrado (4), la profesion religio-

[1] Conc. Trid. ses. 24 de reform. matrim. cap. 2.
[2] L. 7 tít. 7 P. 4.
[3] L. 15 tít. 2 P. 4.
[4] L. 16. del mismo t. y P.

sa (1), el matrimonio anterior, el crímen que se incurre por el adulterio con promesa de casarse, ó maquinando la muerte del cónyuge, ó por el homicidio de éste perpetrado con el fin de casarse (2); y por último la clandestinidad, que consiste en celebrar el matrimonio sin la asistencia del párroco de uno de los contrayentes, y de dos testigos. Este impedimento fue establecido por el concilio de Trento (3), y en su apoyo está prevenido por las leyes (4) que á los contraventores se confisquen los bienes (5), y se les destierre, siendo ademas una de las causas para la desheredacion.

14. Estos son los impedimentos canónicos apoyados por nuestro derecho civil, en el que se encuentra aun otro que conviene explicar. Este es la condicion puesta al contrato, que no es ciertamente el indicado con la palabra *conditio* en

(1) L. 11 del mismo.
(2) L. 19. del mismo.
(3) Concil. Trid. ses. 24 de reform. matrim. cap 1.
(4) L. 1 tít. 1 lib. 5 de la R. ó 5 tít. 2 lib. 10 de la N.
(5) Esta pena no tiene lugar por el art. 147 de la Constitucion federal.

los antiguos versos, por la que se daba á entender el error sobre la condicion de la persona explicado mas legalmente en los versos que hemos referido por las palabras: *status error*. La condicion pues que sea contraria á la naturaleza ó fin del matrimonio hace nulo el contrato (1), como por ejemplo si se pacta que no han de tener hijos, ó que el matrimonio solo haya de durar cierto tiempo; mas las otras que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho se tienen por no puestas, y no vician el contrato (2). [*]

15. Hemos dicho hasta aqui lo nece-

(1) L. 6 tít. 4 P. 4.
(2) La misma.
(*) No ocurriendo ninguno de estos impedimentos, pueden proceder á la celebracion del matrimonio sin necesidad de ocurrir al Ordinario en esta diócesis de México, los curas párrocos seculares ó regulares, sus vicarios ú otros sacerdotes con licencia de aquellos, siempre que los contrayentes no sean vagantes, esto es, que no tengan domicilio fijo, extrangeros, bajo cuya denominacion se comprenden los de otros obispados, ó de partes distantes (pues todos estos deberán ocurrir al ordinario), y prévia la informacion de libertad y demas diligencias prevenidas por el concilio de Trento, conforme á la instruccion diocesana de 10 de junio de 1756 publicada con arreglo á la cédula de 26 de julio de 1774.

sario para la constitucion y valor de los matrimonios; es conveniente hablar ahora de su disolucion. A ésta se da regularmente el nombre de divorcio, que *tanto quiere decir como departamiento, é cosa que departe la muger del marido, é el marido de la muger por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente* (1). En este sentido el divorcio es la disolucion del matrimonio aun en cuanto al vínculo, y ésta solo se verifica en el consumado por la muerte de alguno de los cónyuges (2), ó por la declaracion de su nulidad, si fue contraido con impedimento (*), y en el rato y no

(1) L 1 tít. 10 P. 4.
(2) LL 2 y 5 del mismo tít. y P.
(*) El juez en causas de nulidad de matrimonio es el eclesiástico, quien debe proceder conforme á lo dispuesto en la bula de Benedicto XIV mandada observar por acuerdo del consejo de Indias de 5 de octubre de 1764, en la que se dispone haya siempre un defensor en favor del valor del matrimonio, quien tendrá la obligacion de apelar de la sentencia siempre que le sea contraria. Mas en cuanto á las apelaciones, debe tenerse presente lo dispuesto en el breve de 28 de febrero de 1578, expedido por el papa Gregorio XIII y mandado guardar por la ley 10 del título 9 del libro 1 de la

consumado por la profesion religiosa de cualquiera de los dos (1) ó tambien por dispensa del papa (2). Mas en su sentido rigoroso el divorcio es la separacion temporal ó perpetua de los casados en cuanto al lecho y cohabitacion, permaneciendo el vínculo del matrimonio. Las causas para esta segunda especie de divorcio son varias, á saber: el adulterio, bajo cuyo nombre se comprende para este efecto la sodomia y bestialidad: la crueldad ó sevicia de un cónyuge para con el otro: la heregia ó apostasía de la fe: la enfermedad contagiosa é incurable: la vida criminal del marido, si incita ó compele al vicio á su muger, y algunas otras que refiere el señor Elizondo (3) explicando detenidamente la extension y latitud de cada una de ellas. El conocimiento en las causas de divorcio es pri-

Recopilacion de Indias, por el que deben concluirse las causas eclesiásticas en todas sus instancias dentro del territorio de estos dominios que hoy forman la república.

(1) L. 5 tit. 10 P. 4.

(2) Murillo, cursus juris canonici tom. 2 lib. 4 n. 178.

(3) Elizondo Pract. univ. for. tom. 7 cap. 13.

vativo del juez eclesiástico, pero éste debe abstenerse de mezclarse en los incidentes sobre temporalidades, como alimentos, litis, expensas, ó restitucion de dotes de que debe conocer el juez secular (1); por lo que conviene saber que cuando la causa es el adulterio, si solo se intenta el divorcio, como que se propone civilmente, toca á la jurisdiccion eclesiástica; mas si se solicita el castigo de los adúlteros, la accion es criminal y deberá intentarse ante la justicia ordinaria, como explica el mismo autor, en el que podrá verse esta materia con toda la extension que los límites de esta obra no permiten.

16. El matrimonio produce algunos efectos civiles que vamos á explicar. El primero es el poder que tienen los padres sobre sus hijos, de que hemos hablado en el título anterior. El segundo de que se ocupa todo el título 9 del libro 5 de la Recopilacion, ó sea el 4 del libro 10 de la Novísima, y que no conoció el derecho romano, es la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que cada

(1) El mismo tom. 7 cap. 13 núm. 31.

uno ganare durante el matrimonio; de modo que todos los bienes que tuvieren el marido y la muger, son de ambos por mitad, menos aquellos que algumo de los dos probare que le pertenecen separadamente (1). Asi es que se presumen comunes, si no se prueba lo contrario, y en esto se funda la necesidad ó conveniencia de otorgar una escritura pública al tiempo de contraer el matrimonio en la que consten los bienes que cada uno trae (2).

17. Esta es la sociedad ó compañia legal que nace del matrimonio, y dura mientras dura él por beneficio de la ley, que le da algunas diferencias respecto de las compañias comunes, como veremos. Las palabras *estando de consuno* que usa la ley (3) han servido de fundamento para asentar que no existe la compañia sino por la cohabitacion de los cónyuges, y en apoyo se cita la ley 205 del Estilo que hablando del marido dice: *estan-*

(1) L. 1 tít. 9 lib. 5 de la R. *ó* 4 tít. 4 lib. 10 de la N.
(2) Gomez en la ley 53 de Toro n. 70.
(3) L. 2 tít. 9 lib. 5 de la R *ó* 1 tit. 4 lib. 10 de la N.

do en uno con su muger; de modo que cesaria la compañia si los cónyuges se separasen uno del otro por largo tiempo. Mas Acevedo, Matienzo, Garcia y otros opinan lo contrario, fundados en la frase *durante el matrimonio* de que usa otra ley (1) explicando las del Fuero y Estilo, pues de ella infieren que las palabras *estando de consuno* no deben entenderse rigorosamente. Mas en el caso de que la separacion fuese por divorcio, juzgan los mismos autores, que el que dió el motivo liberta al otro de la compañia, quedando él sin embargo obligado, como sucede en la renuncia maliciosa de la compañia comun. A mas de este caso hay otros dos en que se disuelve la compañia legal sin que se disuelva el matrimonio, y son cuando la muger renuncia la compañia (2), y cuando se confiscan los bienes de alguno de los dos (3); pues entonces dura solo hasta la sentencia de confiscacion, quedando al inocente libre la mitad de los bienes ganados hasta aquel

(1) L. 5 tít. y lib. cit. de la R. y de la N.
(2) L. 9 tít. 9 lib. 5 de la R ó 9 tít 4 lib. 10 de la N.
(3) L. 10 tít. y ll. cit. de la R. ó de la N.

dia. La ley (1) condena tambien á perder su mitad á beneficio de los herederos del marido á la viuda que viviere deshonestamente.

18. Los intérpretes del derecho opinan comunmente que si muerto uno de los cónyuges, el que le sobrevive continúa viviendo en comunion de bienes con los herederos del otro, se entiende continuada la compañia legal; pero Matienzo es de opinion contraria fundado en varias razones. 1.ª Que disuelto el matrimonio cesó la razon que introdujo la compañia. 2.ª Que siendo esta especial y distinta de las comunes, es de rigorosa interpretacion y no debe ampliarse. 3.ª Que no proviniendo de la convencion ó voluntad de las partes, sino de sola la ley es arriesgado extenderla, presumiéndola renovada á pretesto de un tácito consentimiento. Por lo que parece mas acertado decir que en el caso no se continúa la compañia legal, sino que se contrae otra de nuevo entre el cónyuge viudo, y los herederos del otro.

19. No se reputan bienes de la com-

(1) L. 5 tt. y ll. cit. de la R. ó de la N.

pañia, que comunmente se llaman gananciales, los que tenian los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (1), ni las herencias y donaciones que se hicieren á alguno de ellos (2), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de Gutierrez (3) pertenecen á la compañia; segun Garcia (4) en todo caso, y segun Matienzo (5) en ninguno. Tampoco pertenecen los bienes castrenses ó cuasi castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (6); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiere por otro título con su trabajo é industria son de la compañia y se reputan gananciales (7), lo mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo; de modo que si á

(1) L. 4 t. 9 lib. 5 de la R. ó 3 t. 4 lib. 10 de la N.
(2) L. 5 tt. y libros cit. de la R ó N.
(3) Gutierrez Pract. quaest. 119.
(4) Garcia de conjug. ac. quaest. n. 125.
(5) Matienzo sobre la ley 3 glos. 6.
(6) LL. 3 y 5 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 2 y 5 tít. 4 lib. 10 de la N.
(7) L. 2 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 1 tít. 4 lib. 10 de la N.

éste le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes (1); de donde infieren Gutierrez, Acevedo y otros, que lo que gana el marido como juez, abogado ó médico, es comun y se reputa por gananciales, como frutos civiles de estos oficios, que la ley no distinguió cuando establece que lo sean los de cualquier oficio. Lo son tambien los frutos pendientes al tiempo de disolverse; pero con la distincion de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas no en los sembrados, en los cuales entran los gastos hechos en su beneficio, conforme á una ley (2) del Fuero real, que está recibida en la práctica, segun Matienzo (3) y Gomez (4). Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañia; mas no si son obra del tiempo, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Esta

(1) LL. 4 y 5 tít. 9 lib. 5 de la R. y 3 y 5 t. 4 lib. 10 de la N.
(2) L. 10 tít. 4 lib. 3 del Fuero Real.
(3) Matienzo sobre la ley 4 glos. 1.
(4) Gomez, sobre la ley 53 de Toro n. 71.

doctrina de las mejoras en opinion de Febrero (1) se entiende solo en cuanto á lo gastado en hacerlas, y no en cuanto al mayor valor de la finca; y no tiene lugar en los bienes mayorazgados, pues todas ceden al mayorazgo como veremos (2). Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (3). Lo mismo débe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los guantes, vueltas ó ribete si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será comun, y el comprador podrá sacar su precio del cúmulo de gananciales (4).

20. El dominio de los gananciales es comun por mitad al marido y la muger (5), sin consideracion á si alguno llevó mas

(1) Febrero de Tapia tom. 6 tít. 2 cap. 9 núm. 2 y 3.
(2) Lib. 2 tít 6. n. 15.
(3) Molina de just. et. jur. disp. 433, y Gomez, sobre la ley 70 de Toro n. 28.
(4) L. 11 tít. 4 lib 3 del Fuero Real. Molin. en d. l. disp. 433. Gutier. lib. 2 quaest. práct. 117. Martinez en la ley 2 tít. 9 lib. 5 de la R.
(5) LL. 1 y 2 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 1 y 4 tít. 4 lib. 10 de la N.

bienes que el otro al matrimonio (1). Matienzo opina que esta comunion de bienes es en cuanto al dominio y la posesion; mas Covarrubias y Acevedo dicen que respecto de la muger debe entenderse de un dominio y posesion habitual, y no actual, la cual no la adquiere sino por la disolucion del matrimonio, durante el cual es solo del marido; y por eso puede enagenar los bienes de la compañia sin necesidad del consentimiento de la muger, y es válida la enagenacion, á menos que sea hecha con ánimo de defraudarla ó perjudicarla (2). Esta circunstancia que exige la ley para que sea inválida la enagenacion, ha servido de fundamento á Gomez, Gutierrez, Garcia (3), y casi todos los intérpretes para asentar que son válidas las enagenaciones que el marido hiciere sin ese ánimo, aunque sea jugando, ó viviendo viciosamente, contra el sentir de Ayora, que opina lo contrario. Tambien se disputa entre los autores si en la facultad de enagenar se incluye

(1) L. 4 tít. 9 lib. 5 de la R. *ó* 5 tít. 4 lib. 10 de la N.
(2) L. 5 tt. y libs. cit. de la R. *ó* de la N.
(3) Garcia de conjug. ac quaest. n. 66.

la de dar ó donar, afirmándolo Gomez con unos, y negándolo Matienzo con otros. Molina (1) y Gutierrez (2) llevan una sentencia media, que parece la mas acertada, y es que el marido puede hacer donaciones moderadas, no excesivas y sin causa.

21 Mas esta facultad de hacer enagenaciones debe entenderse limitada á las que se hagan entre vivos, como advierte Acevedo fundado en las mismas palabras de la ley que dice: *que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio*, y mas abajo, *y que el contrato de enagenamiento vala*. De modo que no puede el marido disponer en su testamento de los gananciales que pertenecen á su muger, la que antes bien entra por la muerte del marido, en la libre administracion de la mitad que le corresponde, sin obligacion de reservar cosa alguna en la propiedad, ni en el usufructo para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido antes (3); y en consecuencia si el marido le hiciere al-

(1) Molin. de Hispan. primog. lib. 2 cap. 10.
(2) Gutier. lib. 2 pract. quaest. 121.
(3) L. 6 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 6 tít. 4 lib. 10 de la N.

gun legado, lo tendrá sin deduccion de su mitad. (1)

22. Hemos dicho que la muger puede renunciar el derecho que tiene en la compañia, y haciéndolo no queda obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraido durante el matrimonio (2). Esta renuncia puede verificarse antes de contraer el matrimonio ó despues de disuelto por la muerte; mas si durante él pueda hacerse, son varias las opiniones. La mas comun, que defienden Covarrubias (3), Gomez (4) Gutierrez (5), Matienzo y otros, es que tambien puede hacerse entonces, porque ademas de que la ley habla generalmente, usa de las palabras *marido*, y *muger*, que solo se dicen con propiedad durante el matrimonio, como advierte Acevedo (6). Gregorio Lopez (7) y Molina (8) opinan por lo con-

(1) L. 7 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 8 tít. 4 lib. 10. de la N.
(2) L. 9 tt. y libs. cit. de la R. y de la N,
(3) Covarrub. de Matrim. part. 2 cap. 7 n. 14.
(4) Gomez en la ley 60 de Toro.
(5) Gutierrez lib. 2 pract. quaest. 126.
(6) Acevedo en la l. 9 tit. 9 lib. 5 de la R.
(7) Gregorio Lopez glos. 8 de la l. 5 tít. 11 P. 4.
(8) Molina de just. et jur. disp. 435.

trario, fundados en que están prohibidas las donaciones entre marido y muger; mas los que defienden la afirmativa dicen, que esta prohibicion no se entiende de aquellas donaciones por las que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario se haga mas rico, como lo expresa la ley (1), y que esto sucede en el caso, porque no siendo inamisible el dominio que adquiere la muger, sino revocable, como que depende de la enagenacion que puede hacer el marido, renunciarlo es mas bien no adquirir que dar. No obstante esta respuesta, las razones en que se apoya la negativa son tan fuertes, que puede decirse que ambas opiniones son igualmente probables; por lo que ofrecido el caso, lo mas prudente será resolverlo por la negativa, si por el exámen del hecho resultare que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenaza ó algun otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa si no hubo nada de esto.

23. En toda compañia para liquidar las ganancias, se deducen primero las cargas, ó deudas, y se reputan tales en la compa-

(1) L. 5 tít. 11 P. 4.

ñia legal la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio, y asi deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado ó prometido, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió (1). Esta doctrina la extienden Acevedo, Matienzo y Covarrubias al caso en que muerto uno de los cónyuges hiciese la promesa el otro, estando los bienes pro indiviso, fundados en que estas son cargas de la compañia; mas Gomez (2) es de opinion contraria.

24. Los otros efectos civiles del matrimonio son: I. Que ninguna muger puede sin licencia de su marido renunciar ninguna herencia, ya le venga por testamento, ya por intestado, ni aceptarla, sino con beneficio de inventario (3) II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni

[1] L. 8 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 4 tít. 3 lib. 10 de la N.
[2] Gomez en la ley 53 de Toro.
[3] L. 1 tít 3 lib. 5 de la R. ó 10 tít. 20 lib. 10 de la N.

apartarse de los celebrados, ni dar á nadie por libre de ellos, ni hacer cuasi contratos y entrar en juicio demandando ó defendiéndose, y si entrare por sí ó por procurador, nada valga de lo que hiciere (1). III. Que el marido pueda dar licencia á su muger para contratar, y hacer todo lo que sin ella no podia, y dándosela vale todo lo que en virtud de ella hiciere (2). Y si el marido no la diere, podrá compelerlo á ello el juez con conocimiento de causa legítima y necesaria; y si aun compelido no la diere, la dará el juez (3), que podrá darla igualmente con conocimiento de causa, estando el marido ausente, no esperándose de pronto su venida, ó habiendo peligro en la demora, y valdrá todo lo hecho por la licencia del juez, como si la hubiera dado el marido (4) IV. Que el marido pueda ratificar todo lo que su muger hubiese he-

[1] L. 2 tít. 3 lib. 5 de la R. *ó* 11 tít. 1 lib. 10 de la N.

[2] L. 3 tít. 3 lib. 5 de la R. *ó* 12 tít. 1 lib. 10 de la N.

[3] L. 4 tít. y lib. cit. de la R. *ó* 13 tít. y lib. cit. de la N.

[4] L. 6 del mismo *ó* 15 en la N.

cho sin su licencia ya en general, ya en particular (1). V. Que el marido que tenga 18 años de edad pueda administrar sus bienes, y los de su muger, si fuere menor, sin necesidad de habilitacion ó venia (2).

25. Con motivo de esta última declaracion mueven los autores las cuestiones siguientes: I. Si los casados de 18 años conservarán hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion por entero en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos sin que intervenga el curador para pleitos. III. Si podrán enagenar sus bienes raices sin decreto del juez. Vela (3) resuelve afirmativamente la primera, y negativamente las otras dos, fundado en una razon que las comprende á todas, y es, que habiéndose hecho la declaracion de que tratamos en favor de los casados, debe interpretarse en el sentido que les fuere mas útil; y por la misma prueba que el casado que entró en los

[1] L. 5 tít. 3 lib. 5 de la R. ó 14 tít. 1 lib. 10 de la N.
[2] L. 14 tít. 1 lib. 5 de la R. ó 7 tít. 2 lib. 10 de la N.
[3] Vela disert. 5 n. 2 y disert. 6 núm. 48.

18 años, queda libre del curador que tenia antes [*].

26. En la misma ley en que se concede esta habilitacion al casado de 18 años, se establecen otros privilegios en favor de los recien casados, con la mira de promover los matrimonios. Tales son la exencion por cuatro años contados desde el dia del casamiento del servicio de cargas concegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros, y por dos años la de todas las contribuciones generales y municipales. Y en la misma se exime de las cargas públicas por toda su vida al que llegare á tener seis hijos varones vivos, conservando su privilegio aunque muera alguno de ellos despues.

[*] Hemos omitido una de las cuestiones, sobre si el casado de diez y ocho años goza del privilegio de caso de córte, de que gozaban los menores, porque en el dia ninguno lo goza. Véase el núm. 37 del tít. 2 del lib. 3.

TITULO V.

De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones entre marido y muger.

Tít. 11 P. 4 tít. 2 lib. 5 de la R. ó 3 lib. 10 de la N.

1. Qué es dote, y su division en adventicia y profecticia.
2. En estimada é inestimada.
3. Del dominio de las cosas dotales, y modo de restituirlas cuando es estimada.
4. Cómo se hace la restitucion cuando hubo pacto.
5. Y cuando se hizo en ganados ó cosas que se cuentan, pesan ó miden.
6. Division de la dote en necesaria y voluntaria.
7. El abuelo y bisabuelo pueden ser apremiados á dotar á la nieta ó biznieta.
8. En qué casos puede ser apremiada la madre á dotar á la hija, y el tutor ó curador á su menor.
9. Tasa de las dotes, y que no se puede dar ni prometer tercio ni quinto por via de dote.
10. Del dominio de los frutos de la dote, y cómo se han de partir
11. De la enagenacion de la dote.
12. Tiempo en que debe restituirse la dote por muerte de la muger, y casos en que no tiene lugar.
13. En el de divorcio ó mala versacion del marido, la accion de la muger es hipotecaria.
14. De los bienes parafernales, su dominio, administracion y privilegios.
15. La donacion *propter nuptias* de que hablan las leyes de Partida,

1. La dote segun la ley (1) es: *el algo que da la muger al marido por razon del casamiento*, esto es, una donacion, ó á manera de tal que la muger, ú otro por ella da al marido para ayudarlo á sostener las cargas del matrimonio. La dote se reputa patrimonio propio de la muger, y puede darse y aumentarse antes ó despues de contraido el matrimonio. Se divide lo primero en adventicia que es, *la que da la muger por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre ó algun otro su pariente, que no sea de la línea derecha ó algun extraño;* y profecticia que es: *la que sale de los bienes del padre ó del abuelo, ó de los otros que suben por la linea derecha* (2), debiendo entenderse esta linea, como explica Gregorio Lopez, de la varonil ó paterna. El efec-

[1] L. 1. tít. 11 P. 4.
[2] L. 2 del mismo t. y P.

to de esta division es que si el padre dió la dote, la lleva á colacion la hija en la division de los bienes paternos, y en la de los maternos si la dió la madre. Mas si la dió un tercero, se hace por la restitucion despues de disuelto el matrimonio, propia de la muger sin restriccion ó consideracion alguna; si no es que el que la dió, pusiese algun pacto de reversion, que deberá guardarse (1).

2. La dote por lo que mira á la obligacion de restituirla puede ser apreciada ó estimada, y se llama asi cuando á la cosa que se da se le fija el precio, ó inestimada, cuando se señala simplemente la cosa en que se constituye, aunque á veces suele expresarse el precio y la dote sin embargo no es estimada; de modo que solo se reputa tal, cuando la designacion del precio se hace en términos, que indica una verdadera venta de los bienes dotales entre la muger y el marido, que queda deudor solamente del valor ó estimacion de la cosa: asi es que si el precio se fija solamente con el fin de que se sepa el valor de la cosa, para cuan-

(1) L. 30 tit. 11 P. 4.

do llegue el caso de la restitucion, por si esta no pudiere hacerse en especie, su expresion no hace venta, y como este, señala otros Covarrubias (1) explicando cuando la estimacion hace ó no venta.

3. El dominio de las cosas dotales pasa al marido (2), quien llegado el caso de la restitucion deberá hacerla del precio, si la dote fue estimada, ó de las mismas cosas, si no lo fue, perteneciendo á la muger en este segundo caso el aumento ó deterioro que hayan tenido, y debiendo abonarse al marido los gastos erogados en las mejoras que hicieron mas productivas las cosas dotales, pero no en las voluntarias (3).

4. Algunas veces suele pactarse, que estimándose la dote, se haya de restituir la cosa ó su estimacion. Si el derecho de escoger se deja á la muger, y elige las cosas, será suyo el aumento ó detrimento que hayan tenido. Lo mismo debe decirse si al marido se dejó la facultad de elegir, y resolviere restituir las cosas (4), y tambien cuando á ninguno de los dos se

(1) Cobarruvias quaest. pract. cap. 28.
(2) L. 7 tít. 11 P. 4.
(3) L. 32 tít. y P. cit.
(4) LL. 18 y 19 tít. 10 P. 4.

dejó expresamente la eleccion, pues en este caso le corresponde al marido en opinion de Gregorio Lopez (1). Mas si siendo la eleccion de la muger escogiere la estimacion, ó siendo del marido no quisiere dar las cosas, el aumento ó deterioro seria de este. En materia de estimacion de dotes debe tenerse presente, que siempre que alguno de los cónyuges se sintiere agraviado por haber sido mas alta ó mas baja de lo que correspondia, puede pedir que se le resarza el perjuicio y deshaga el engaño sea cual fuere, á diferencia de las otras ventas en que solo hay este recurso cuando el perjuicio es en mas de la mitad del justo precio (2).

5. Si la dote consistió en ganados no apreciados, el aumento ó detrimento acaecido en ellos, seria de la muger, segun lo que dejamos dicho; pero si murieren algunas reses, deberá restituir el marido otras tantas, nacidas de las que le dieron (3). Si lo que se dió en dote fuese de aquellas cosas que se pesan, cuentan ó miden,

(1) Gregor. Lop. glos. 7 de la ley 18. tit. 10 P. 4.
(2) L. 16 tít. 11 P. 4.
(3) L. 21 del mismo t. y P.

el marido deberá restituir una cantidad igual y de la misma cualidad (1).

6. Por lo que hace á las personas que dan la dote, esta se llama necesaria ó voluntaria. La primera es la que da el padre, el abuelo, ó bisabuelo paternos en su caso y lugar (2), ó cualquier otro que por haberla prometido puede ser apremiado á darla (3). Voluntaria es la que da la madre, ó algun otro por su voluntad (4). Es necesaria la que da el padre, porque reusando darla puede ser apremiado á ello, aun cuando la hija no sea pobre (5); sin que obste la razon de que no está obligado á dar alimentos á la hija rica, porque estos solo se dan para que subsista el que los recibe; mas la dote es para facilitar á la hija el matrimonio, y para ayuda de sus cargas.

7. Conforme al derecho de las Partidas (6) tambien pueden ser apremiados el abuelo y bisabuelo paternos á dotar á la

[1] L. 21. tit. 11 P 4.
[2] L. 8 tít. y P. cit.
[3] L. 10 tit. y P. cit.
[4] L. 8 cit.
[5] D. 1 8.
[6] La misma

nieta, ó biznieta pobre que tuvieren en su poder; mas como esta circunstancia no puede tener lugar, ya porque el hijo sale de la pátria potestad por el matrimonio celebrado con todas las solemnidades, segun dijimos en el tít 3 n. 10, juzga Gregorio Lopez (1) no ser necesario el requisito de estar en la potestad del abuelo ó bisabuelo para la obligacion de dotar á la nieta ó biznieta. De la misma opinion es Covarrubias (2), pues defiende, que el padre está obligado á dotar á la hija natural y aun á la espuria, aunque sin exceder los límites de lo que le puede dejar, y sobre estas es bien cierto, que no tiene pátria potestad. Por lo que es de creer, que el haberse puesto esa condicion en la ley de las Partidas fue, porque cuando ellas se dictaron siempre concurria á la obligacion, cuya causa es mas natural que civil, como asienta el mismo Covarrubias con todos los autores.

8. Por la razon contraria se llama voluntaria la dote que da la madre, pues no puede ser apremiada á ello (3); si no es en el

(1) Greg. Lop. glos. 4 de la l. 8 tít. 11 P. 4.
(2) Covarrubias part. 2 de matrim. cap. 8 § 6 n. 15
(3) LL. 8 y 9 tít. 11 P. 4.

caso de que seá herege, judia ó mora, y la hija cristiana. A mas de este señalan otro los autores, y es cuando la madre es rica y el padre pobre, ó se ignora quien lo sea. Esta opinion es conforme á la equidad y á la utilidad pública, mas no hemos hallado ley que la apoye. Por una (1) está expresamente prevenido, que el hombre que tenga en su poder ó guarda alguna jóven con sus bienes, llegando á la edad nubíl pueda ser apremiado á casarla y constituirle dote con proporcion á su riqueza y á la calidad del sugeto con quien haya de casar.

9. Los padres no pueden dar en dote á sus hijas sino una cantidad determinada con proporcion á sus bienes y caudal, y asi la señalan las leyes (2); prohibiéndoseles expresamente que puedan mejorar,

(1) L. 9 tít. 11 P. 4.

(2) LL. 1 y 5 tít. 2 lib. 5 de la R. ó 6 y 7 tít. 3 lib. 10 de la N. Los términos en que la ley 1 ó 6 citadas señalan la tasa de la dote son los siguientes: que el que tiene doscientos mil maravedis hasta quinientos mil de renta, puede dar á cada hija un cuento de maravedis: el que pasa de los quinientos mil y llega á un millon y cuatrocientos mil maravedis, cuento y medio: el que tie-

dar ni prometer á sus hijas por via de dote ni casamiento el tercio ó quinto de sus bienes, ni se entiendan mejoradas tácita ni expresamente por ninguna clase de contrato entre vivos (1).

10. Hemos dicho que el dominio de la dote pasa al marido, verificado el matrimonio y la entrega de aquella, y en consecuencia le pertenecen todos los frutos, sin distincion de estimada ó inestimada (2); mas si percibiere algunos antes del matrimonio se reputarán como aumento de la dote, y deberá restituirlos con ella, porque estos no pudo invertirlos en sostener las cargas del matrimonio, que aun no existia, y que es la causa de la dote (3); debiéndose reputar como frutos las crias de los ganados. Mas los del año en que se disuelve el matrimonio se partirán de modo que se aplique al marido una parte

ne cuento y medio de renta, la de un año, y si mas tiene, no debe exceder de doce cuentos, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso.

[1] L. 1 tít. 2 lib. 5 de la R. ó 6 tít. 8 lib. 10 de la N.

[2] L. 25 tít. 11 P. 4.

[3] LL. 18 y 28 tít. 11 P. 4.

proporcional al tiempo que en aquel año duró el matrimonio, y á la muger ó sus herederos el resto, sin distincion de qué estén ó no percibidos (1); y debiendo tenerse presente que estas doctrinas sobre pertenencia de frutos durante el matrimonio, no contradicen las que hemos asentado en el número 20 del título anterior sobre bienes gananciales.

11. El marido puede enagenar á su gusto la dote estimada, pues la hizo suya por título de compra, quedando en la obligacion de restituir su precio; mas no sucede lo mismo con la inestimada, que debe restituir en su misma especie (2). Por costumbre está establecido, que si la muger enagena ú obliga con licencia de su marido (pues de otro modo no puede hacerlo) los bienes de la dote inestimada, se rescindan las enagenaciones ú obligaciones en todo lo que excedan de la mitad de la dote, para que no quede indotada, y para computarla se atiende al tiempo en que se hizo la enagenacion, como prueban Larrea (3),

(1) L. 26 tít. 11 P. 4.
(2) L. 7 del mismo tit. y P.
(3) Larrea alegac. 28.

Salgado (1) y Castro (2); aunque esta costumbre no se observa cuando la muger jura que es su voluntad que valgan las enagenaciones, como puede verse en Gutierrez (3) y en Larrea (4), siendo muy digna de remediarse esta fuerza que se da al juramento confirmatorio contra disposiciones muy benéficas del derecho, asi escrito como no escrito.

12 Disuelto el matrimonio por la muerte de cualquiera de los cónyuges, debe restituirse la dote á la muger, ó sus herederos inmediatamente si consistia en bienes raices, ó dentro de un año si eran muebles (5); mas hay tres casos (6) en los cuales cesa esta obligacion. I. Si pactaron los cónyuges, que muerto uno de ellos sin hijos, quedase al otro la dote ó donacion hecha por el marido á la muger. II. Si la muger cometiese adulterio. III. Si fuere costumbre antigua en el lugar, que por muerte de

(1) Salgado. Laberinto part. 2 cap. 4.
(2) Castro. Discursos críticos sobre las leyes lib. 4 discurs. 6 ejemp. 3.
(3) Gutierrez de juram. confirm. cap. 1.
(4) Larrea alegac. 36 n. 26.
(5) L. 31 tít. 11 P. 4.
(6) L. 23 del mismo.

la muger quede al viudo, no habiendo hijos; pues habiéndolos en todos los casos pertenece á ellos la propiedad, y el usufructo al padre ó madre, mientras viviere; debiendo advertirse que segun la ley el derecho de no restituir en los casos I. y III. es recíproco, esto es, ni el marido debe restituir la dote, ni la muger la donacion; pero no así en el II, en el que solo se habla del adulterio de la muger, aunque Gregorio Lopez (1) opina, que lo mismo seria si lo cometiese el marido. Fuera de estos casos, si la muger muere sin hijos, pero dejando padres, pasa á estos la dote, como herederos forzosos de ella.

13. Debe restituirse tambien la dote en el caso de divorcio (2), pues cesa igualmente en él la razon por que la disfruta el marido, que es sostener las cargas del matrimonio (3); y á mas de este hay otro expreso en la ley (4), y es cuando la muger ve que su marido empobrece culpablemente, y teme que le malgaste la dote, pues

(1) Gregorio Lopez glos. 1 de la ley 23 tít. 11 P. 4.
(2) LL. 26 y 31 tít. 11 P. 4.
(3) L. 7 del mismo tit. y P.
(4) L. 29 del mismo.

entonces puede pedir en juicio que se la restituya, ó que la ponga en depósito de persona segura, que la administre y recoja los frutos para mantener á los cónyuges, ó que dé fianza de que no la enagenará; aunque Gregorio Lopez advierte (1) que si el marido es evidentemente dilapidador ó pródigo, ni dando fianza se le debe dejar la administracion de la dote. Mas este recurso de la muger no tiene lugar segun la misma ley, cuando el marido siendo de buena conducta y cuidado en la administracion llega á empobrecer. La accion de la muger por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria, porque estos tienen hipoteca tácita y legal á favor de aquella (2).

14. Ademas de la dote tienen á veces las mugeres otros bienes que llaman parafernales, ó extradotales, y son los que la muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó que recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada (3); y en estos tendrá tambien dominio el marido, y le pertenecerán sus frutos, si la muger se los diere con esta intencion

(1) Greg. Lop. glos. 4 de la ley 29 tit. 11 P. 4.
(2) LL. 17 y 23 del mismo tit. y P.
(3) L. 17 del mismo.

y no de otra suerte, y para la administracion de ellos es para los que hemos dicho que habilita la ley al marido que ha entrado en los 18 años, sin necesidad de dispensa (1). Si consta la entrega de estos bienes al marido, aunque no gozan de la preferencia que los dotales en su pago, gozan del de tácita hipoteca, porque sin necesidad de constituirla expresamente, están sujetos todos los del marido á su responsabilidad y restitucion (2).

15. Hemos explicado hasta aquí lo que el marido recibe por cuenta de la muger: síguese ahora explicar lo que esta recibe por cuenta de aquel. Las leyes de las Partidas establecen la *donacion propter nuptias* de los romanos, á la que dan el nombre de *arras*, diciendo que es (3), *la donacion que hace el marido á la muger por razon de casamiento*, y estableciendo que debia ser igual á la dote que trajese la muger. Pero Antonio Gomez observa muy bien (4), que ni están en uso estas *donaciones propter nuptias*, cuyo nombre se

(1) Tít. 4 lib. 1 n. 24.
(2) L. 17 tit. 11 P. 4
(3) L. 1 tít. y P. cit.
(4) Gomez en la ley 50 de Toro nn. 11 y 12.

aplica en muy distinto sentido en la Recopilacion, y que se distinguen mucho de lo que ahora se llama *arras*.

16. Establecido pues el no uso de la donacion *propter nupñas* en el sentido en que hablan de ella las leyes de las Partidas, quedan solo dos especies de donaciones que suelen hacer los maridos á sus mugeres al tiempo ó antes de contraer el matrimonio. La primera es igual á la que los romanos llamaban *sponsalitia largitas*, y es lo que el esposo da antes de celebrarse el casamiento á la esposa para su adorno, como alhajas y vestidos preciosos, á lo que llaman vulgarmente *donas*. Aunque se dan simple y francamente sin expresar condicion, la llevan tácita; de modo que si deja de celebrarse el matrimonio por culpa de quien recibió la donacion, debe restituirla, y lo mismo si fue por casualidad ó accidente, aunque en este caso, si intervino ósculo, solo deberá restituir la esposa la mitad, y si ella hizo alguna donacion, la recobra íntegra (1). Las leyes (2) han fija-

(1) L. 3 tít. 11 P. 4 y l. 4 tít. 2 lib. 5 de la R. ó 3 tít. 3 lib. 10 de la N.

(2) LL. 1 y 5 tít 2 lib. 5 de la R. ó 6 y 7 tít. 3 lib. 10 de la N.

do la tasa de estos obsequios, que no pueden exceder del valor de la octava parte de la dote, aplicando al fisco el exceso, y para mejor contenerlos se repitió la prohibicion [1], y se mandó, que los mercaderes, plateros, longistas ó cualquiera clase de tratantes, no pudiera ni por sí ni por interposicion de otra persona demandar, ni repetir en juicio las mercaderias y géneros que dieren al fiado para bodas á cualesquiera personas de cualquier estado, calidad y condicion que sean (2), y á las justicias ordinarias se les declaró la jurisdiccion privativa para conocer de los casos que ocurrieren para el castigo y ejecucion de las penas, á los contraventores. [3].

17. La segunda especie de donacion que por causa del matrimonio hace el marido á la muger, es la que se llama *arras*; y es, *donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, segun la define Antonio Gomez, (4)

[1] Auto acordado 4 tít. 12 lib. 7 de la R. c. 25.
[2] El mismo, cap. 26.
[3] El mismo, cap. 27.
[4] Antonio Gomez en la ley 50 de Toro n. 12.

quien con Covarrubias (1) enseña, que puede hacerse aun despues de efectuado el matrimonio. El valor de las arras no puede exceder de la octava parte de los bienes del marido (2), á quien se prohibe la facultad de renunciar esta taxativa que es en su favor, imponiéndose la pena de privacion de oficio al escribano que autorice el contrato en que intervenga tal renuncia. Mas debe advertirse que el cómputo de los bienes del marido no ha de ser solo con respecto á los que tenga al tiempo de constituir las arras, sino tambien á los que adquiriere despues, conforme á la ley (3) del Fuero Real, de que trae orígen esta tasacion.

18 El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á su heredero, aun sobreviviendo el marido (4). Pero si se le hizo la donacion que hemos llamado *spon-*

[1] Covarrubias part. 2 de matrim. cap. 3 § 7 n. 14.
[2] L. 2 tít. 2 lib. 5 de la R. ó 1 tít. 3 lib. 10 de la N.
[3] Fuero Real lib. 3 tít. 2 l. 2.
[4] L. 3 tít. 2 lib. 5 de la R. ó 2 tít. 3 lib. 10 de la N.

salitia largitas, y explicamos en el número 16, y se le prometieron arras, entonces solamente tendrá ella ó sus herederos derecho á escoger lo que se le dió, ó las arras dentro de veinte dias contados desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, pasa el derecho de hacerla al marido ó sus herederos.

19. Estas son las donaciones que nuestro derecho autoriza de parte del esposo á la esposa. Hay otra que indicamos en el número 15 que es del padre al hijo varon, y es la que se llama en el dia por la ley (1) *propter nuptias*, enteramente distintas, como se ve, de la que se reconoce con este nombre en las Partidas que imitaban al derecho romano; pues se hace al hijo para que pueda con mas facilidad contraer matrimonio, y llevar sus cargas con honor y comodidad.

20. Despues de contraido el matrimonio suelen intervenir donaciones mutuas entre los cónyuges que se hacen, no por razon de casamiento, sino por el afecto

[1] LL. 9 tít 6 y 3 tít. 8 lib, 5 de la R. ó 9 tít. 6 y 5 tít. 3 lib. 10 de la N.

que regularmente se profesan. Estas están generalmente prohibidas y son de ningun valor las que se hicieren (1); entendiéndose la prohibicion de aquellas, que hacen mas rico al donatario y mas pobre al donante; de manera, que faltando una de estas circunstancias valdria la donacion conforme al derecho romano (2), como si se dejara una herencia al marido, sustituyéndole á su muger, y el marido renunciara su institucion sin haber entrado en la herencia; en cuyo caso tendria valor la sustitucion, porque aunque la renuncia hacia mas rica á la muger, no hacia mas pobre al marido. Del mismo modo valdria la donacion de cosa agena, porque pudiendo servir al donatario para usucapirla ó adquirirla por el transcurso del tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Lo mismo debe decirse si la donacion hace mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que hiciese sepulcro, ó construyese una Iglesia ó cosa semejante, en cuyo caso concurre ademas para el valor, la razon de que cede

[1] L. 4 tít. 11 P. 4.
[2] L. 5 § 26 de donat. int. vir. et. uxor.

en honor de Dios (1). Valdrá tambien, si el que hizo la donacion muere antes que el que la recibe, sin haberla revocado; mas no, si no muere antes ó la revoca de palabra, ó por hechos, vendiendo ó enagenando de otro modo las cosas que habia donado (2).

TITULO VI.

De la legitimacion y del porfijamiento ó adopcion.

Títulos 7 y 15 P. 4.

1. De la legitimcion y modos de hacerla.
2. Del primer modo, que es el subsiguiente matrimonio.
3. Del segundo modo por rescripto del príncipe.
4. Del tercero que es el ofrecimiento á la curia.
5. De la legitimacion de los expósitos.
6. Qué es adopcion y sus especies.
7. De la arrogacion, cómo y en quiénes puede hacerse.
8. De la adopcion en especie, y por quiénes puede hacerse.
9. De los efectos de la adopcion.

1. La causa natural de la pátria potestad es el matrimonio, de que hablamos

(1) LL. 5. y 6 tít. 11 P. 4.
(2) L. 4. del tít. y P. cit.

en el tít. 4; las civiles son dos, á saber: la legitimacion y la adopcion, de las que vamos á hablar. La legitimacion es: *un acto por el cual se hacen legítimos los hijos que antes no lo eran.* Las leyes de las Partidas (1) imitando al derecho romano señalan cuatro modos de legitimar á los hijos, y son: el subsiguiente matrimonio, el ofrecimiento, ú oblacion del hijo á la curia, el rescripto del Príncipe, y la declaracion del padre hecha en testamento, ú otro instrumento firmado por tres testigos; mas respecto de este, dice Gregorio Lopez (2) lo mismo que los intérpretes del derecho romano, que es mas bien un modo de probar la legitimidad, que legitimacion, y el segundo no está en uso.

2. Segun esto no quedan mas que dos modos de legitimar. El primero es el subsiguiente matrimonio, y tiene lugar cuando el padre que ha tenido hijos de alguna barragana ó muger soltera se casa con ella (3); sobre lo cual se disputa, si basta que la muger sea soltera, ó se necesi-

(1) LL. 4 y siguientes tít 15 P. 4.
(1) Greg. L. glos. 7 de la ley 7. tít. 15 P. 4.
(3) L. 1 tít. 13 P. 4.

ta que el hombre la haya tenido consigo en su casa, lo que en opinion de Gregorio Lopez (1) no es necesario. Pero sí lo es que el padre fuese soltero cuando tuvo los hijos de la barragana; pues si era casado, aun cuando muerta su muger case con aquella, no se legitiman los hijos, segun la expresa disposicion de la ley (2) que da por razon: *que los tales hijos fueron hechos en adulterio*; lo que en cierto modo apoya la opinion que hemos dicho de Gregorio Lopez.

3. El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe, y de este se explica la ley (3) en estos términos: *piden merced los omes á los emperadores, y á los reyes, en cuyo señorio viven, que les faga á sus hijos que han de barraganas, legítimos. E si cabe su ruego se los legitiman, son dende en adelante legítimos.* Esta legitimacion se concede tambien á pedimento de los mismos hijos naturales, que funden su súplica en que su padre, que no tenia otros hijos legítimos, indicase esta solicitud en

(1) Greg. Lop. glos. 8 de la ley 1 tit. 13 P. 4.
(2) L. 2 tit. 15 P. 4.
(3) L. 4 tit. 15 P. 4.

el testamento (1). Y de la palabra *naturales* de que usa la ley, infiere Gregorio Lopez (2) que esta legitimacion no se concede á los espurios, ni vale, si hay hijos legítimos, si no es que se exprese asi, debiendo entenderse estas declaraciones de legitimidad solo para los efectos civiles, pues para los canónicos es necesaria la del Papa, segun lo espresa la ley (3). Y hecha la legitimacion de cualquiera de los dos modos el hijo entra en la pátria potestad, y esta surte todos sus efectos. En cuanto al derecho de succeder á sus padres hablaremos como en lugar mas oportuno, cuando tratemos de los testamentos y de las succesiones por intestado. *Entre nosotros la facultad de legitimar es peculiar de los congresos, que lo hacen por medio de decretos, y la restriccion que pone Gregorio Lopez en órden á los espurios, subsistirá en donde se quiera obsequiarla, pues esta determinacion, ó mas bien interpretacion, no puede limitar las facultades del legislador, y en efecto, en alguno de los esta-

[1] L. 6 tit. 15 P. 4.
[2] Greg. Lop. glos. 1 y 2 de esta ley.
[3] L. 4. tit. y P. cit.

dos de la federaciou se han declarado á los hijos nacidos fuera de matrimonio los mismos derechos que á los que nacieron de él.*

4. Aunque el modo de legitimar por ofrecimiento del hijo á la curia, hemos dicho que no está en uso, creemos sin embargo conveniente indicar brevemente lo que sobre él disponen las leyes. El ofrecimiento puede hacerse, ó por el padre llevando al hijo natural á la córte, ó al concejo ó ayuntamiento de la ciudad y entregándolo de su propia voluntad al servicio público, y diciendo ser su hijo habido en tal muger soltera que debe nombrar, y si el hijo se conviene y acepta la entrega de su padre, queda legitimado (1); ó por el mismo hijo presentándose espontáneamente, diciendo quien es su padre, y en este caso les concede la ley (2) el derecho de heredarlos por intestado, si no hay otros hijos, pues habiéndolos nó se legitiman.

5.* Antes de concluir este punto debemos dar idea de otro modo de legitimarse los hijos por ministerio de la ley, introdu-

(1) L. 5 tít. 15 P. 4.
(2) L. 8 del mismo tit. y P.

cido por derecho novíssimo. Tal es el que envuelve la déclaracion de 5 de enero inserta en la cédula de 23 del mismo de 1794 (1), por la que se manda que los expósitos sin padres conocidos se tengan por legítimos para todos los oficios civiles, sin que sirva de nota la cualidad de tales, y sin mas restriccion que la observancia de las constituciones de los colegios ó fundaciones piadosas, que exijan para la admision de sus individuos que sean hijos de legítimo y verdadero matrimonio.*

6. La adopcion que las leyes de Partida llaman *porfijamiento*, es: *una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente* (2). Se distinguen dos especies, como en el derecho romano, una que llaman *arrogacion*, y la otra á la que se da desnudamente el nombre del género *adopcion*.

7. La arrogacion dice la ley (3) que es: *porfijamiento de ome que es por si, et non ha padre carnal; é si lo ha es sali-*

(1) L. 4 tit. 37 lib. 7 de la N.
(2) L. 1 tít. 16 P. 4.
(3) L. 7 tít. y P. cit.

do de su poder, é cae nuevamente en poder de aquel que lo porfija; ó mas breve: *Adopcion de hombres que no están en la pátria potestad de otros.* * Conforme á las leyes de Partida se hacia la arrogacion compareciendo el arrogante y el arrogado ante el rey, que examinaba la disposicion de ambos y prestaba su otorgamiento. En la república creemos que esto deberá verificarse por el presidente respecto de los vecinos del distrito y territorios, y respecto de los de los estados por sus gobernadores, que son los que ejercen el supremo poder ejecutivo, en ejercicio del cual prestaban los reyes ese otorgamiento, que no envuelve sin duda acto alguno legislativo ni judicial. * Para la arrogacion es necesario el consentimiento expreso del que va á ser arrogado, y por esto no pueden serlo los infantes ó menores de siete años (1); pero se permite que puedan serlo los que no han llegado á catorce, siempre que del examen de las circunstancias que fija la ley (2) para estas arrogaciones, re-

(1) L. 4 tít. 16 P. 4.
(2) L. 4 cit.

sulte serle útil al menor. Las circunstancias que deben examinarse son las siguientes: la calidad del hombre que pretende arrogar, si es rico, si es pariente, si tiene hijos ó está en edad de tenerlos, su vida, su fama, y la riqueza que tenga el arrogado, para inferir cual pueda ser la intencion del arrogante. Debe ademas antes de prestarse el otorgamiento á estas arrogaciones, darse caucion autorizada por escribano público á favor de los bienes del menor, y de que si éste muriere antes de los catorce años, se entregarán todos á aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados, como si no hubiese sido arrogado; * y si se omitiere la autorizacion en la caucion, quede el arrogante obligado en los mismos términos que si se hubiera puesto (1). Está tambien prevenido (2), que si el arrogador emancipa sin razon á su arrogado, ó le deshereda, esté obligado á devolverle todo lo que trajo á su poder con las ganancias habidas despues, deducido el usufructo de los bienes por el tiempo que

(1) L. 4 tít. 16 P 4.
(2) L. 8 t. y P. cit.

duró la arrogacion, y ademas la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

8. La adopcion en especie es: *Porfijamiento de ome que ha padre carnal, é es en su poder*. Para ésta basta el otorgamiento de cualquiera juez (1) y el consentimiento tácito del adoptando (2). Puede adoptar todo hombre libre que no esté en poder de su padre; con tal que exceda al que quiere adoptar en diez y ocho años de edad y pueda tener hijos naturalmente (3), esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su naturaleza; de modo que si lo tiene por enfermedad, fuerza ó daño, puede adoptar (4). Las mugeres no pueden, si no es en el caso de haber perdido algun hijo en batalla en servicio de la causa pública, y con otorgamiento del sumo imperante, y no de otra manera (5). Con la misma restriccion puede adoptar el que fue tutor al que fue su pupilo, si ya tiene veinte y cinco años, y de ninguna manera

(1) L. 7 tit. 16 P. 4.
(2) L. 1 del mismo.
(3) L. 2 del mismo.
(4) L. 3 del mismo.
(5) L. 2 del mismo.

antes (1). Tampoco puede adoptarse por ninguno al liberto ageno (2).

9. La adopcion produce la pátria potestad (3); en la arrogacion, siempre, y en la adopcion en especie cuando el adoptante es ascendiente del adoptado (4), mas no si no lo es (5), explicándose por estas leyes que son posteriores, el concepto de una anterior (6) que niega este efecto á la adopcion en especie. Si en el caso de ser el padre adoptivo ascendiente emancipare á su adoptado, volverá éste al poder de su padre natural (7). Los adoptados por muger no entran en pátria potestad de que estas son incapaces. Es tambien efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el tít. 4 núm. 12, y lo es igualmente el derecho de succederse mutuamente en los términos que explicaremos al tratar de las succesiones intestadas.

(1) L. 6 tit. 16 P. 4.
(2) L. 5 del mismo.
(3) L. 7 tít. 7 P. 4.
(4) L. 10 tít. 16 P. 4.
(5) L. 9 tít. del mismo t. y P.
(6) L. 7 tít. 7 P. 4.
(7) L. 10 tít. 16 P. 4.

TITULO VII.

De la Tutela y Curaduria.

1. En las Partidas se llama indistintamente *guarda* á la tutela y curaduria, y *guardador* al tutor y curador.
2. Qué es tutela.
3. De sus especies, y primero de la testamentária.
4. Cuándo y con qué fuerza puede la madre dar tutor testamentario.
5. Cómo subsiste el que da el padre á su hijo natural.
6. Cómo pueden nombrarse.
7. De la tutela legítima, cuándo y á quiénes corresponde.
8. De la tutela *patronorum*.
9. De la tutela dativa.
10. Qué juez debe nombrar al tutor dativo.
11. 12. Quiénes no pueden ser tutores.
13. Causas por que se acaba la tutela.
14. Obligaciones de los tutores.
15. La de afianzar comprende á los testamentarios, y aun á la madre y abuela.
16. Oficios del tutor para con la persona del pupilo, y dónde debe vivir.
17. Con respecto á los bienes debe demandar ó defender los de su pupilo.
18. Procurar su conservacion y aumento.
19. No puede empeñar ni enagenar sin decreto del juez los raices y muebles preciosos.
20. Pero sí los demas, aunque él no puede comprarlos.
21. Debe dar cuentas fe-

1. Algunas veces los hombres libres que no están en la pátria potestad, tienen sin embargo dependencia de otros, por carecer ellos de la edad que han fijado las leyes para que el hombre pueda obrar por sí solo. Esta dependencia es la que se llama *tutela y curaduria*, de donde se derivan *tutor y curador*, que es lo que

el derecho de las Partidas designa con las palabras de *guarda y guardador*, pues las otras no se encuentran en ellas, sino alguna vez con relacion al idioma latino; distinguiéndose por las frases que añaden cuando hablan de tutela y tutor, y cuando de curaduria y curador.

2. La tutela se define por la ley (1): *guarda que es dada al huérfano libre, menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce.* De la palabra *libre* infiere Gregorio Lopez (2) que no puede estar bajo tutela el esclavo, ni el que está bajo la patria potestad. El tutor debe darse al menor que no ha llegado á la edad que expresa la definicion, aunque él no lo quiera, y se da para que cuide primeramente de su persona, y por consecuencia de sus bienes; por esto no se puede dar para una sola cosa ó pleito, sino es en el caso de que se moviese al menor pleito de servidumbre, para el cual se le nombraria tutor que defendiese su persona y bienes (3).

(1) L. 1 tit. 16 P. 6.
(2) Greg. Lop. glos. 1 de d. l.
(3) L. 1 cit.

3. La tutela es de tres maneras, á saber: testamentária, legítima y dativa. Testamentária es: *la que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder* [1], y aunque la ley de Partida concede esta facultad de nombrar tutor al abuelo respecto del nieto, no tiene lugar por no estar en su potestad, supuesta la emancipacion que causa el matrimonio, segun la ley de la Recopilacion. El padre puede dar tutor no solo al hijo nacido, sino tambien al que está por nacer [2], que suelen llamarse *póstumos*, y se reputan nacidos para todo lo que puede serles provechoso, pero no para lo que les perjudique [3].

4. La madre si hace testamento dejando por herederos á sus hijos, que no tengan padre, puede darles tutor en él [4]; pero éste no puede desempeñar su encargo sin ser confirmado antes por el juez, que debe prestar su otorgamiento (que es lo que se llama discernir el cargo), si no es que tenga impedimento le-

(1) LL. 2 y 3 tít. 16 P. 6.
(2) L. 3 cit.
(3) L. 3 tít. 23 P. 4.
(4) L. 6 tít. 16 P. 6.

gal para ello el nombrado. En este caso requeria el derecho romano la inquisicion y examen de las circunstancias del tutor; y no exigiéndose por nuestras leyes, opina Gregorio Lopez [1] que mueve la cuestion, que si el menor no tiene mas bienes que los que le dejó la madre, no será necesario el examen de las circunstancias del tutor; pero sí, si tiene otros. Si la madre no instituye heredero al hijo, aunque le deje sus bienes por otro título, podrá el juez confirmar ó no al tutor que ella nombre, y solo valdrá confirmándose. Este requisito de la confirmacion se exige respecto de todo tutor nombrado por la madre, por carecer ella de la pátria potestad [2].

5. Es igualmente necesaria la confirmacion del juez para el tutor nombrado por el padre á su hijo natural á quien instituya por heredero, ó por cualquier hombre á un extraño, si lo hace su heredero, y solo subsiste el nombramiento si se confirma [3].

(1) Greg. Lop. glos. 2 de la ley 16. tit. 16 P. 6.
(2) L 3 t. y P. cit
(3) L. 8 del mismo tít. y P.

6. Los tutores testamentarios pueden ser nombrados pura ó simplemente, para dia cierto, ó bajo de condicion, segun fuere la voluntad del testador (1), quien debe nombrarlo de manera que pueda saberse ciertamente quien es; de modo que si nombrase á uno, y hubiese dos del mismo nombre, no pudiendo saberse ciertamente cual de ellos habia sido su intencion que lo fuese, ninguno lo seria (2).

7. En defecto de la tutela testamentária entra la legítima, *que es la que compete por beneficio de la ley sin intervencion de persona alguna*. Como es regla general *que habiendo tutor testamentario no se admiten los legítimos*, si un padre muere sin haber hecho testamento, ó habiéndolo hecho sin nombrar tutor en él, ó habiéndolo nombrado, muriese este antes que el testador, seria tutor legítimo de sus hijos: primeramente la madre, no queriendo esta la abuela, y en defecto de ambas el pariente mas cercano, y habiendo muchos, lo serian todos [3]; aunque en este caso para evitar

[1] L. 8 tít. 16 P. 6.
[2] L. 7 vers. *Otrosi* tít. y P. cit.
[3] L. 9 tit. y P. cit.

disturbios, deben elegir entre sí quien ejerza la tutela, y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idoneo y dé mayor seguridad, y este será el tutor en efecto, y los demas, honorarios [1]. Este llamamiento de los parientes á la tutela aunque segun el derecho romano, solo correspondia á los parientes por agnacion ó agnados, nombre que se da á los que lo son por parte del padre sin mezcla de muger, por lo que conservan el apellido, y no á los cognados, como se llama á los que son parientes por parte de madre ó con interposicion de alguna muger, segun el nuestro corresponde á unos y á otros, asi porque la ley (2) los llama indistintamente bajo el nombre de parientes, que los comprende á todos, como porque se funda en el axioma tomado de otra (3) que dice: *adonde corresponde el provecho de la herencia, allí debe ir la carga de la tutela*, y tiene tambien lugar, segun advierte Gregorio Lopez (4), cuando muere el tu-

(1) L. 11 del tit. 16 P. 6.
(2) L. 9 del mismo.
(3) L. 10 del mismo.
(4) Greg. Lop. glos 1 de la l. 9.

tor testamentario despues del padre, y el hijo no ha dejado de ser pupilo.

8. Es especie de tutela legítima la que los romanos llamaron *tutela patronorum*, y que se halla establecida por la ley (1) que previene que el señor ó patrono sea tutor, del esclavo que libertó, siendo menor de catorce años, como igualmente la del padre respecto del hijo emancipado antes de la pubertad, y la fiduciaria que ejercia el hermano mayor de veinticinco, respecto de su hermano emancipado menor de catorce, y despues de muerto el padre; mas ninguna de las tres puede tener fácilmente caso por la abolicion de la esclavitud, y por la dificultad de emancipar á los hijos antes de la pubertad.

9. A falta de la tutela testamentária y legítima sigue la dativa, llamada asi porque no se da en testamento ni por ley, sino por el juez. Ocurriendo esta falta, la madre y los parientes del pupilo, que deberian heredarlo si muriese sin testamento, deben pedir al juez le nombre tutor que sea abonado, y entienda que la tutela no es en su beneficio, sino en el del pupilo; y

[1] L. 10 tit. 16 P. 6.

nio pidiéndolo, pierden el derecho que tenian á heredarlo por intestado; pudiendo pedirlo entonces los amigos del pupilo ó cualquiera del pueblo; y si ninguno lo pidiere podrá darlo el juez de oficio. (1).

10. Este nombramiento puede hacerse por el juez del domicilio del pupilo, ó por el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de los bienes, esté ó no presente el pupilo, y aun cuando lo contradiga (2). Si todos nombraren, en opinion de Gregorio Lopez (3), deberá subsistir el que fue nombrado primero, y si todos lo fueron á un tiempo, el del lugar del nacimiento. Aunque parece bien fundada su opinion en cuanto á la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le debe dar otro; no asi en cuanto á la segunda, pues creemos deberá preferirse el nombrado por el juez del domicilio; asi porque con este órden están escritos en la ley (4), como porque dándose el tutor para que cuide principalmente de la persona del pu-

(1) L. 12 tit. 16 P. 6. y en ella Greg. Lop. n. 7.
(2) L. 2 tit. y P. cit.
(3) Gregor. Lop glos. 13 de la l. 12.
(4) L. 12 tit. y P. cit.

pilo, niguno puede estar en mejor disposicion para nombrarle una persona acomodada á sus circunstancias que el juez de su domicilio, que se supone debe conocerlas mejor.

11. No pueden ser tutores, el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, malgastador de sus bienes ó pródigo, el de malas costumbres, el menor de veinticinco años, y la muger (1). La prohibicion del menor solo es respecto de las tutelas legítima y dativa, pero no de la testamentária que podrá tenerla para administrarla cuando sea mayor (2), y la de la muger no comprende á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, prometiendo ante el juez no casarse mientras dure la tutela, y renunciando la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar las mugeres por otro, ó como suele decirse, el beneficio del Senado-consulto Veleyano, que prohibió esta obligacion (3). La primera de estas condiciones se funda en la presuncion de que el amor del ma-

(1) L. 4 tít. 16 P. 6.
(2) L. 7 del mismo.
(3) L. 4 cit.

rido haria descuidar la persona y bienes del pupilo; y la segunda en la dificultad que tendrian para celebrar contratos aun cuando los necesitaran para la mejor administracion de la tutela. Si no obstante su promesa, casare la madre, el juez del lugar donde suceda, deberá quitarle los pupilos, y ponerlos al cuidado del pariente mas cercano, que sea de buena opinion y no esté prohibido de ser tutor, quedando obligados al pago de lo que la madre debiere dar por haber administrado los bienes de los pupilos, no solo sus bienes propios, sino tambien los del marido que ha tomado (1).

12. Tampoco pueden ser tutores los obispos ni los monges (2); mas los eclesiásticos seculares pueden serlo de sus parientes; pero para ello deben ocurrir al juez del lugar dentro de cuatro meses contados desde que supieren la muerte del padre, que dejó hijos sin tutor, y exponer que quieren serlo. Los deudores del pupilo no pueden serlo, sino nombrados por el padre en el testamento, y de ningun modo

[1] L. 5 tít. 16 P. 6.
[2] L. 14 tít. y P. cit.

los que estén obligados, ó tengan responsabilidad á las rentas públicas (1). El esclavo propio puede serlo, si se le nombra por el testador, en cuyo caso se entiende que le da la libertad, y ejercerá la tutela desde luego, si tiene veinticinco años, y si no cuando los tenga, quedando libre desde el nombramiento; mas si se nombra al esclavo ageno, ni queda libre ni es tutor (2).

13. La tutela se acaba por varias causas que establece la ley (3), y son las siguientes: I. Por la pubertad de los pupilos, esto es, que los varones cumplan 14 años y 12 las mugeres. II. Por la muerte ó destierro del tutor ó del pupilo. III. Por la esclavitud de uno de los dos. IV. Si el tutor fue dado á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Por la adopcion del pupilo ó del tutor, siendo este legítimo. VI. Por excusa, y VII. Por remocion de la tutela por sospechoso. En cuanto al destierro de que habla el II modo, dice Gregorio Lopez (4) que debe entender-

[1] L. 14 tit. 16 P 6.
[2] L. 7 tit. y P. cit.
[3] L. 21 del mismo.
[4] Grog. Lop. glos. 21 de ellas.

se del que los romanos llamaron *deportacion.* *Mas esta como hemos dicho en el núm 6 del tit 3, envolvia la perpetuidad, y la confiscacion de bienes, por lo que abolida la perpetuidad de las penas por la prágmatica de 12 de marzo de 1771 (1) que fijó el *maximum* de un destierro en diez años, pudiéndosele agregar únicamente la calidad de retencion, y la confiscacion de bienes; por el artículo constitucional (2), creemos que no tiene lugar este modo de fenecerse la tutela, si no es por la infamia que irrogan las penas de presidio ó destierro (3), como tampoco el III abolida, como lo está, la esclavitud en la República.* La expresion *so condicion* de que usa la ley en el IV parece significar *pendiente ó durante alguna condicion,* porque aunque esta interpretacion no esté muy conforme con aquellas dos palabras, es la mas racional, pues la de *hasta cierta condicion,* la resiste la otra palabra *falleciendo,* de que usa la ley. El V. modo se entiende solamente respecto de la tutela legítima, á la que

[1] L. 6 tit. 40 lib. 12 de la N.
[2] Art 147.
[3] Arg. de la l. 7 tit. 6 P. 7.

perdian el derecho los parientes, si eran adoptados por otro (1). Los modos VI y VII que son la excusa y la remocion, como que demandan mayor explicacion, y son comunes á tutores y curadores, reservamos hablar de ellos para cuando háyamos explicado lo relativo á curadurias.

14. Para encargarse de la administracion de la tutela debe el tutor dar fiadores abonados que se obliguen á satisfacer en falta suya, asi el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños, que por su culpa ó negligencia se irroguen al pupilo. Debe ademas jurar que cumplirá fiel y legalmente su oficio, procurando en todo, el bien y utilidad del huérfano, guardando lealmente su persona y cosas, y evitando todo lo que pueda ser

[1] Alvarez despues de haber explicado las tres perdidas de cabeza, á saber: la máxima que se opone al estado de libertad. la media al de ciudad, y la mínima al de familia, en la que se incurre por la arrogacion, asienta que ninguna de ellas hace perder á los parientes el derecho á la tutela, y con respecto á la última dice: que no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo por ser cargo público respecto de los cuales se reputa por padre de familia segun la ley 4 tit. 16 P. 6. *Alvarez páginas* 273 *y* 297 *del tom.* 1.° *de la edicion de Goatemala de* 1818.

en su perjuicio (1). Debe por último hacer un formal y específico inventario de todos los bienes muebles ó raices, correspondientes al pupilo; de modo que no haciéndolo, se le puede remover por sospechoso, á menos que alegue causa bastante para no haberlo hecho; en cuyo caso no se le removerá, pero sí se le mandará que lo haga luego (2). De esta palabra *luego* que usa la ley, infiere Gutierrez (3) citando á otros, que debe hacerlo luego que pueda, sin gozar del tiempo que se concede á los herederos. Y es de tanta fuerza este inventario, que no se permite al tutor dar prueba en contra (4). Mas si no tuviere bienes el pupilo, deberá manifestarlo asi el tutor ante el juez, y esta manifestacion le servirá de inventario (5)

15. La obligacion de afianzar conforme al derecho romano no comprendia á los tutores testamentarios, por la razon de que estaban calificados y aprobados por el testador, que se presumia habria

(1) L. 9 tít. 16 P. 6.
(2) L. 15 tit. y P. cit.
(3) Gutier. lib. de tutel. part. 2 cap. 1 n. 10.
(4) L. 120 tit. 18 P. 3.
(5) Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 99 tit. 18 P. 3.

cionarles los alimentos, si de otro modo no los tienen. En cuanto á la habitacion ó casa en que haya de vivir el pupilo, será la que se hubiere señalado en el testamento, y si no se señaló, se podrá criar en la de la madre, si fuere de buena fama, y en su falta ó casándose ésta, en donde determinare el juez; pero de ninguna manera en casa de aquel que pueda heredar sus bienes (1). Y si el tutor entendiese que podria perjudicar al pupilo descubrir su riqueza ó pobreza, y para impedirlo creyese conveniente alimentarlo de su propio peculio, deberá hacerlo asi, y el pupilo cuando deje de serlo, deberá satisfacerle cuanto hubiere gastado, segun lo previene expresamente la ley (2), cuya doctrina opina Gutierrez (3) que tiene lugar no solo cuando el tutor tuvo justa causa para hacerlo asi, sino tambien cuando lo hizo por la negligencia de no acudir al juez.

17. Con respecto á los bienes del pupilo es oficio y obligacion del tutor demandar en nombre del huérfano, ó defender su derecho en todo pleito que él pro-

[1] L. 19 tít. 16 P. 6.
[2] L. 20 del mismo.
[3] Gutier. lib. de tutel. part. 2 cap. 3 n. 10.

mueva ó le promuevan; pudiendo hacerlo uno solo, si fueren varios los tutores, aun cuando los demas no estén presentes, y siendo el pupilo menor de siete años ó estando ausente; pues siendo mayor de esta edad podrá el huérfano mover por sí mismo el pleito, pero con otorgamiento de tutor, ó éste en nombre de aquel estando ambos presentes. Asimismo debe prestar su otorgamiento á los contratos que hiciere su pupilo, siendo mayor de siete años, pues de otro modo no valdrán en lo que le fueren gravosos, pero sí en lo que le fueren útiles, debiendo prestar el otorgamiento el mismo tutor por sí, y no por apoderado ó carta (1). Si el pupilo es menor de siete años no puede contratar

18. Debe tambien cuidar de la conservacion y aumento de los bienes del menor, reponiendo los edificios, cultivando los campos y promoviendo la cria de los ganados (2); y aunque en las leyes no se halla expresa la obligacion de emplear el dinero, los intérpretes (3) dicen, que debe

(1) L. 17 tít. 16 P. 6.
(2) L. 15 tit. y P. cit.
(3) Covar. l. 3 variar. cap. 2 n. 1 y Gutier. de tutel. part. 2. cap. 9.

hacerlo comprando fincas, ó entregándolo á algun comerciante con un interes moderado que puede percibir lícitamente (1), debiendo, segun ellos, ser condenado á satisfacer el perjuicio de no haber empleado el dinero; pero Ayora (2) dice que esto tiene lugar en la práctica cuando el daño es leve. El empleo del dinero deberá hacerse dentro de seis meses de haber recibido la tutela ó de dos despues de recibir el dinero, si ya estaba en el encargo, á menos que haya algun impedimento para ello.

19. El tutor no puede enagenar los bienes raices de su pupilo (3) reputándose por enagenacion el empeño (4), y aunque las leyes hablan expresamente de los bienes raices, sin embargo, como en una de ellas (5) se habla en general de los bienes, algunos autores opinan que tampoco pueden enagenarse los muebles preciosos útiles al huérfano, que puedan guardarse.

(1) Cap. Per vestras 7 de las Decretales, de donat. int. vir. et. uxor.
(2) Ayora de Partit. part. 1 cap. 4.
(3) L. 18. tit. 16 y 60 tit. 18 P. 5.
(4) L. 8 tit 13 P. 5.
(5) L. 4 tit. 5 P. 5.

Gregorio Lopez (1) y Gutierrez (2) fundados en que la ley (3) concede absolutamente la facultad de empeñar los bienes muebles, son de sentir que podrán empeñarse aun los preciosos, empleando en beneficio del pupilo el dinero del empeño. La prohibicion de enagenar debe entenderse haciéndola por sí solo el tutor sin decreto del juez; porque con él pueden hacerlo por grande necesidad ó utilidad del pupilo, como casarlo, ó á alguna de sus hermanas, ó pagar las deudas, ó alguna otra causa semejante, que la enagenacion haga inevitable; y el juez deberá dar su decreto, si ocurriere alguna de esas causas, debiendo hacerse la enagenacion en almoneda pública de treinta dias, y nunca de la casa que fue del padre ó abuelo, si se puede evitar (4).

20. Mas para la enagenacion ó empeño de los bienes muebles, que no sean preciosos, ni útiles al menor no es necesario decreto del juez, cuidando siempre de que ceda en beneficio y utilidad de

(1) Gregor. Lop. glos. 3 de la ley 4 tit. 5 y 3 de la 8 tit. 13 P. 5.
(2) Gutierr. de tutel. part. 2 cap. 21.
(3) L. 8 tit. 13 P. 5.
(4) LL. 18 tit. 16 y 60 tit. 18 P. 3.

bieren hecho por razon de los frutos, pero no las hechas por utilidad perpetua, ó mejora de la finca, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima. El mismo Gutierrez asienta (1) que por frutos se deben entender los naturales, industriales, y civiles. Si el tutor fuese labrador y trabajase con sus manos en tierras del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas, antes de percibir su décima; mas no si pretendiere que se le pague algo por haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto era propio de su oficio de tutor, como advierte el mismo Gutierrez.

23. Hemos explicado hasta aquí lo perteneciente á la tutela, vamos ahora á explicar lo que corresponde á la curaduria, que en el concepto de las leyes (2) es, *la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos.* Por esta razon se dan curadores á los mayores de 14 años y menores de 25, y á los que habiendo cumplido esta edad, es-

[1] Gutier. cap. 25.
[2] LL. 12 y 13 tit. 16 P. 6.

tán impedidos para administrar sus bienes (1), como son los locos ó desmemoriados, los pródigos, mudos, sordos y demas que por enfermedad perpetua no pueden cuidar de sus cosas (2). Al menor de 25 años no se le da curador si él no lo pide, pues no puede ser apremiado á recibirlo, si no es que haya sido nombrado en testamento y confirmado por el juez (3), y en el caso de tener que intervenir en juicio como actor, ó como reo, con la distincion de que si ha salido de la edad pupilar lo puede nombrar él, y lo confirmará el juez; pero si está en ella, no teniendo tutor, se lo nombra el juez; y de aquí nace la distincion de *curador de bienes*, que es el que tiene la administracion de ellos, y *curador para pleitos*, que es el que se dá precisamente cuando se ofrece alguno al que es menor de edad; mas recibido una vez el curador, no se le puede dejar hasta cumplir 25 años (4). Hay algunos, que aun-

[1] L. 13 tit. 16 P. 6.
[2] Gregor. Lop. glos. 1. de esta ley 13.
[3] Gregor Lop. glos. 5 de la misma, y Gutier. de *tutel*. part. 1. cap. 19 n. 50.
[4] Gregor Lop. glos. 2 de la ley 13 y Gutier. part. 1 cap. 9 n. 18.

que no lo sean se reputan menores por las leyes, por la facilidad que tienen de ser engañados, y de esta clase son los indios, los cuales necesitan segun la ley (1), del decreto del juez para la enagenacion de sus bienes, no debiendo verificarse esta sino en almoneda pública, y ofreciéndoseles algun litigio, se previene que se les nombre curador (2). *Estas disposiciones no rigen ya, en opinion de muchos por la calidad de ciudadanos y hombres libres declarada á los indígenas, lo mismo que á todos los mexicanos; mas á nuestro juicio no es muy fundada, pues aquellas no se dirigen á coartar la libertad en el ejercicio del derecho de propiedad, sino á precaverlos del engaño, de que son tan susceptibles, sin que la declaracion de la igualdad de derechos baste á libertarlos.* Por el contrario hay otros, que sin haber salido de la menor edad no necesitan del curador; tales son el casado mayor de 18 años, de que hablamos en el tít. IV núm. 24, y el que obtiene habilitacion ó dispensa de edad. Para esta se requeria la edad de 20

(1) L. 27 tit. 1. lib. 6 de la R. de Ind.
(2) L. 1. tit. 6 lib. 6 de la R. de Ind.

años en el varon y de 18 en la muger, y acreditar con informacion judicial la aptitud para administrar y manejar sus bienes sin necesidad de curador; aunque segun escribe Arrieta (1), podia obtenerse la dispensa por mayor de 13 años, haciendo varios ocursos á las diversas autoridades de Madrid. *En la República esta habilitacion se concede por los congresos general y particulares de los estados, segun la vecindad del pretendiente, y aunque no sabemos que haya alguna ley que fije las condiciones para poderse obtener, creemos muy conducente al objeto la informacion sobre aptitud.*

24. La curaduria es puramente dativa; pero si fuere nombrado en testamento, y el juez lo creyere útil, lo debe confirmar (2). Las obligaciones del curador son las mismas que las del tutor en cuanto á afianzar, administrar y dar cuentas, y sus oficios se dirigen primeramente á los bienes, y secundariamente á la persona del menor; y los modos de acabarse la cura-

(1) Escolano de Arrieta: Práctica del consejo tom. 1 cap. 98.
(2) L. 13. tit. 16 P. 6.

duria son los mismos que hemos dicho de la tutela, con la diferencia de que la edad para que acabe la curaduria es la de 25 años, y que el curador del mayor de edad cesa, si cesa la causa porque se le nombró, como si el loco recobra el juicio, ó el pródigo se hace de buenas costumbres.

25. Como las disposiciones de las leyes y doctrinas relativas á excusa ó remocion por sospechoso, comprenden de un mismo modo á los tutores que á los curadores, despues de haber hablado en particular de estos, vamos á explicar lo correspondiente á estos dos puntos. La tutela y la curaduria se reputan como cargos públicos personales, y bajo de este concepto se dispensa á los que las desempeñan la proteccion de las leyes (1); por esta razon nadie puede eximirse de ellas, si no es que tenga justa causa para excusarse; pues como dice la ley de Partida: (2) *escusanza es como mostrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bie-*

[1] LL. 41 tit. 16 y 20 tit. 23 P. 3.
[2] L. 1 tit. 23 P. 6.

nes; mas esta causa para excusarse solo la necesitan los tutores testamentarios y dativos, y no los legítimos, en cuyo arbitrio está, segun el tenor de las leyes (1), admitir ó no la tutela.

26. En ellas se enumeran las causas que se reputan justas, y para proceder en su enumeracion con algun órden, nos parece conveniente el que adopta Alvarez en sus *Instituciones del Derecho Real*. Las excusas se dividen en voluntarias, que es necesario alegar para que eximan del cargo, y necesarias, que aunque no se opongan, impiden el ejercicio de él. Las voluntarias proceden de tres principios, que son el privilegio, la impotencia, y el peligro de la fama. Por razon de privilegio tienen excusa (2): 1.° los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legítimos y no espurios, vivos ó muertos en la guerra: 2.° los embajadores y ausentes por causa de la república, de quienes dice la ley *ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte que fuese muy lueñe; ó fuese allá por servicio, ó por pro*

[1] L. 2 vers. *La tercera*, y ley 12 en el principio, tit. 16 P. 6.
[2] L. 2 tit. 17 P. 6.

com nal de la tierra en que vive; cuyo tenor no deja duda que se dirige á los empleados que hemos dicho, y asi lo reconocen Gregorio Lopez (1) y Gutierrez (2), que como veremos, les habian apropiado otro lugar de la misma ley. Estos despues de su regreso deben reasumir la tutela que tenian antes de su viage, mas no se les puede obligar á tomarla nueva hasta despues de un año (3): 3.° los jueces que están en actual ejercicio; pero el que habia recibido la tutela antes de serlo, no se puede excusar despues por esta razon (4): 4.° los maestros de gramática, retórica, dialéctica y medicina, que enseñan por nombramiento del gobierno, en su pátria ó fuera de ella, y los doctores en leyes, que son jueces ó consejeros (5): 5.° los recien casados desde el dia en que contrajeron matrimonio hasta cuatro años despues (6).

[1] Greg. Lop. glos. 9 de la ley 2.
[2] Gutier. de tutel. part. 1 cap. 21 n. 6.
[3] L. 2 tit. 17 P. 6.
[4] La misma.
[5] L. 3 del mismo tit. y P.
[6] L. 14 tit. 1 lib. 5 de la R. ó 7 tit. 2 lib. 10 de la N.

27. De la impotencia nacen las excusas siguientes: 1.ª el tener tres tutelas actualmente (1), sobre lo cual advierte Gutierrez (2) adoptando las doctrinas del derecho romano, que las tutelas han de ser reales y no afectadas; que no se reputan tutelas las fianzas de ellas, y que una sola podria ser bastante excusa, si fuese tan complicada y llena de negocios, que equivalga á muchas: 2.ª la pobreza (3): 3.ª la enfermedad, siendo tal que impida cuidar del huérfano (4): 4.ª no saber leer ni escribir (5), y 5.ª tener setenta años cumplidos (6).

28. Por el peligro de la fama se excusa 1.° el que hubiese movido pleito sobre servidumbre al padre del pupilo, ó al contrario (7): 2.° el que tiene que demandar al huérfano sobre su herencia, ó parte de ella (8): 3.° el que tuvo enemis-

[1] L. 2 tit. 17 P. 6.
[2] Gutierr. de *tutel.* part. 1 cap. 21 n. 8.
[3] Ley 2 citada.
[4] La misma.
[5] La misma.
[6] La misma.
[7] La misma.
[8] La misma.

tad capitad con el padre del pupilo y no se reconcilió (1).

29. Las excusas necesarias son las que tienen 1.° el loco, fátuo, sordo, mudo, ó ciego total, los que si son nombrados en testamento, no son removidos, pero no entran en la administracion, si no se les quita el impedimento [2]: 2.° el administrador de rentas, que la ley llama del rey, y añade: *ó su mensagero;* de cuyas palabras infirieron Gregorio Lopez [3] y Gutierrez [4] que aqui se hablaba de los embajadores, cuando esa palabra no significa en el Diccionario de la Academia, y en el Tesoro de la lengua castellana de Cobarruvias, sino al que lleva despacho ó recado á otro, y en este sentido la toman varias leyes (5); por lo que es visto que aqui se habla de los recaudadores ó cobradores de rentas subordinados al administrador, como lo indica el pronombre *su*, que se le añade: 3.° el soldado mientras está empleado en

[1] L. 2 tit. 17 P. 6.
[2] La misma.
[3] Greg. Lop. glos 5 de la ley 2.
[4] Gutier. de tutel. part. 1 cap. 21 núm. 4 y 5.
[5] LL. 10 tit. 31 P. 2 y 13 tit. 29 P. 3.

el servicio; pues la ley (1) dice: el ser caballero que estuviese en córte del rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pró comunal de la tierra, que explican en este sentido Gregorio Lopez y Gutierrez: 4.° el que ha sido tutor de un huérfano para ser su curador: 5.° el eclesiástico secular ó regular, éste para toda clase de tutelas, y aquel para la testamentaria y dativa, pues la legítima la pueden tener, menos los obispos (2). La ley de Partida (3) pone tambien por excusa necesaria la del marido para ser tutor ó curador de su muger, que fuese menor; mas por otra posterior (4) está derogada aquella, y prevenido que el marido que haya entrado en los diez y ocho años, tenga la administracion de sus bienes y de los de su muger, sin necesidad de venia. Estas excusas necesarias mas bien son prohibiciones.

30. Asso y De Manuel (5) fundados

(1) L. 3 tit. 17 P. 6.
(2) LL. 4 y 14 tit. 16 y 2 tít. 17 P. 6.
(3) L. 3 tit. 17 P. 6.
(4) L. 14 tit. 1 lib. 5 de la R. ó 7 tit. 2 lib. 10 de la N.
(5) Asso y De Manuel Instituciones de Castilla lib. 1 cap. 4 vers. *Se excusan.*

en una ley de la Recopilacion (1) asientan que las excusas de pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, ó ser mayor de setenta años, no comprendian á los pecheros, ó gente que se llamaba del estado llano; mas ciertamente es equivocacion, pues por esa ley solo se derogaron los privilegios y exenciones personales, que les estaban concedidas; mas de ningun modo las disposiciones comunes, y así lo indica en su conclusion diciendo: *y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos que por los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de las tales cargas y oficios.*

31. La excusa debe alegarse dentro de cincuenta dias contados desde que se supo el nombramiento de tutor ó curador, si la persona en quien recayó, residia en el lugar en que se hizo el nombramiento, ó á una distancia que no pase de cien millas; mas si excediere de ellas tendrá un dia mas de término por cada veinte millas, y treinta dias mas despues (2). Estas son las disposiciones de la ley, idén-

(1) L. 21 tit. 14 lib. 6 de la R. ó 12 tit. 18 lib. 6 de la N.
(2) L. 4 tit. 17 P. 6.

ticas con las del derecho romano, cuyos intérpretes dicen, que en este último caso debe hacerse la computacion de modo que el que está á una distancia que exceda de las cien millas, no tenga menos de los cincuenta dias, como podrá suceder; y entonces seria de peor condicion que el mas cercano; y aunque ni Gregorio Lopez ni Gutierrez traen esta doctrina, ella es tan conforme á la equidad, que podrá seguirse en la práctica. El artículo sobre si vale ó no la excusa, debe decidirse dentro de cuatro meses contados desde el dia en que empezaron los cincuenta para alegarla (1), aunque Alvarez quiere que se cuenten desde el dia en que comenzó el artículo (2); y sintiéndose agraviado en la sentencia el que se excusa, puede apelar de ella.

32. Segun la ley (3) se reputa sospechoso el tutor ó curador, *que es de tales maneras que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres*, y

(1) L. 4 tit. 17 P. 6.
(2) Alvarez Instituc. de Derecho Real lib. 1 tit. 25 al fin.
(3) L. 1 tit. 18 P. 6.

explicando mas esta idea señala las causas que inducen la sospecha, y por las cuales debe ser removido el tutor, sea testamentario, legítimo ó dativo, y el curador, y son: I. Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñádole malas costumbres. II. Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo, ó de sus parientes. III. Negar delante del juez que tienen con que suministrarle los alimentos, siendo falso. IV. No haber hecho antes de comenzar la administracion de los bienes, el inventario que previenen las leyes. V. No defender al pupilo y sus bienes, asi en juicio, como fuera de él. VI. Ocultarse y no querer comparecer, sabiendo que habian sido nombrados tutor ó curador. Habiendo alguna de estas causas se deberá remover como sospechoso al tutor ó curador, aun cuando sea rico, y ofrezca fiador de que cuidara de los bienes del menor; asi como por solo ser pobre, si es de buenas costumbres, no se le puede remover.

33. Esta acusacion contra el sospechoso la puede hacer cualquiera del pueblo, que conociendo el daño que se hace al

menor, se mueva á ello por piedad, sea hombre ó muger; pero están obligados á hacerlo la madre, la abuela, la ama que crió al pupilo, y sus parientes inmediatos (1). El huérfano siendo menor de catorce años, no puede acusar de sospechoso á su tutor; mas si es mayor puede hacerlo con consejo de sus parientes. La acusacion puede intentarse contra el que solo está nombrado, y asi puede hacerse contra el tutor del que está por nacer. Debe hacerse ante el juez del lugar donde el huérfano tiene sus bienes, si allí está el tutor, y el mismo juez puede proceder de oficio, aunque no haya quien acuse, si le constase el mal proceder del tutor.

34. Puesta la acusacion y contestada por el tutor, se le suspende en el ejercicio de su encargo, nombrando al pupilo un curador interino que cuide de él y de sus bienes (2) hasta la conclusion del pleito. Si de él resultare que no ha obrado mal, se alza la suspension y se absuelve al acusado; mas si resulta que no ha obrado bien, se le remueve con infamia, si se le ha pro-

(1) L. 2 tit. 18 P. 6.
(2) L. 3 tit. y P. cit.

bado dolo, ó culpa lata, pagando al huérfano el daño que le hizo al arbitrio del juez, y sin ella, si solo se le probó culpa leve (1). Esta acusacion cesa por la muerte del tutor ó curador, ó por acabarse la tutela ó curaduria antes de la sentencia, quedando en ambos casos al menor la accion de tutela, que comprende tambien al curador (2), y por la cual el menor puede obligar á su tutor ó curador á dar cuentas, y estos á su vez al pupilo á que satisfaga lo que resulte deber por el tiempo de la administracion.

TITULO VIII.

De la restitucion de los menores.

1. Qué sea restitucion *in integrum*.
2. En qué cosas tiene lugar.
3. Cómo se ha de conceder.
4. Casos en que se niega.
5. Como tiene lugar sobre pruebas en juicio.
6. Si subsiste la declaracion de no tener lugar, cuando no lo hay á la suplicacion:

(1) L. 4 tit. 18 P. 6
(2) L. 21 tit. 16 P. 6.

7, 8, 9, 10. Quiénes gozan del beneficio de la restitucion á mas de los menores.

1. La debilidad del juicio de los menores, por la que son engañados las mas veces, y la necesidad que tienen de que sus cosas se administren por otros, que no ponen siempre el mayor cuidado en ellas, es la causa del beneficio que las leyes les conceden con el nombre de Restitucion *in integrum* ó por entero (1), que en las Partidas (2) se define: *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor.*

2. Ya hemos dicho que este es el que no tiene 25 años cumplidos, y para gozar del beneficio debe probar que es menor, y que ha recibido daño por su debilidad, ó por culpa de su tutor ó curador, ó por engaño de otro (3), sea en actos judiciales, ó sea en extrajudiciales de cualquiera naturaleza (4), y aun cuando haya interveni-

[1] L. 3 tit. 8 lib. 4 de la R. ó 3 tit. 13 lib. 11 de la N.
[2] L. 1 tit. 19 P. 6 y 1 tit. 25 P. 3.
[3] L. 2 tit. 19 P. 6.
[4] LL. 2 tit. 25 P. 3 y 3, y 5 tit 19 P. 6.

do decreto del juez (1). Tiene lugar tambien para desamparar el menor la herencia en que hubiese ya entrado; mas deberá hacerlo con noticia de los acreedores de ella, para que sepan las causas porque lo hace; y viendo el juez que en realidad le era dañosa, la otorga, poniendo antes en seguridad todas las cosas pertenecientes á ella (2). En órden á prescripciones dispone la ley (3) que las de 20 ó menos años no corran contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus mayores, y entonces tiene lugar la restitucion, solo en cuanto al tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; mas las de mayor tiempo corren sin distincion contra los mayores de 14 años, y tiene lugar en cuanto al todo la restitucion.

3. Esta se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe oir á la otra parte á quien se hace la demanda; y si de ello resultare que en el pleito, juicio, ó diligencia que se reclama se hizo daño al menor, debe

(1) L. 1. tit. 13 P. 3.
(2) L. 7 tit. 19 P. 6.
(3) L. 2 tit. 25 P. 3.

restablecer las cosas al estado que tenian antes, de modo que cada una de las partes tenga su derecho á salvo, como lo tenian antes del hecho (1), teniendo presente que pendiente el juicio de restitucion no se puede hacer cosa nueva (2). La demanda la puede hacer el menor, no solo durante su menor edad, sino en los cuatro años siguientes á ella, pasando este derecho á sus herederos (3); mas los fiadores del menor no tienen derecho á la restitucion, sino en el caso de que el engaño ocurriese en el mismo negocio en que fueron fiadores, pues deberá deshacerse á beneficio de uno y otros en lo que montare el engaño (4).

4. Carleval (5) y Gutierrez (6) juzgan que la restitucion no debe negarse, sino en los casos en que expresamente esté prevenido, sin que sean bastante para ello las palabras generales, y esto es conforme á la equidad que ha dado lugar á este re-

(1) L. 7 tit. 19 P. 6.
(2) La misma ley 2.
(3) L. 8 tit. 19 P. 6
(4) L. 4 tit. 12 P. 5.
(5) Carleval *lib. de jud.* tit. 3 quæst. 16 n. 36.
(6) Gutierrez practicar. quæst. 32 n. penul.

medio. Los casos en que se niega son: I. Si el menor se fingiese mayor, y por su persona no se conociese lo contrario (1), pues la ley no favorece al que engaña sino al que es engañado. Mas si la menor edad se le conociese en la cara, es de opinion Gregorio Lopez (2) que habria lugar á la restitucion; pues no podria decirse engañado el que trató con el menor, sino que los dos obraron con dolo, compensándose el del uno con el del otro, como si de ninguna parte lo hubiera habido. II. Si el pleito se comenzó siendo menor el huérfano, pero se sentenció siendo mayor (3). III. En el caso de ser sentenciado por homicidio, hurto ú otro delito semejante el mayor de diez años y medio, ó por adulterio el mayor de catorce (4). IV. Si seguido pleito por el menor, reclamando á otro por esclavo, se declarase que era libre (5). V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento, ó mandamiento del juez; mas si la paga se hiciere de otra manera, y

(1) L. 6 tit. 19 P. 6.
(2) Greg. Lop. glos. 1 de la ley 6.
(3) L. 2 tit. 25 P. 3.
(4) L. 4 tit 19 P. 6.
(5) L. 6 del mismo tit. y P.

el menor jugare el dinero, lo malgastare ó perdiere, tendrá lugar la restitucion (1). Cesa en el primer extremo de este caso, sin embargo de que como hemos dicho en el núm. 2, tiene lugar aun cuando interviene decreto de juez; porque el deudor pagó por obedecer el mandamiento judicial, lo cual debe libertarlo y asegurarlo. VI. Si el daño que el menor ha resentido, le ha venido por caso fortuito; pues para que haya lugar á la restitucion se necesita que sea por su debilidad, culpa de su tutor ó curador, ó engaño de otro (2). VII. Si el menor tuviere el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba (3); porque siendo extraordinario y subsidiario el remedio de la restitucion no puede intentarse, cuando cabe otro ordinario, y tambien porque lo que es nulo no puede rescindirse, que es la razon de la ley que concluye con estas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* VIII. Tampoco tiene lugar, si el mozo mayor de catorce años juró no

(1) L. 4 tit. 14 P. 5.
(2) L. 2. tit. 19 P. 6.
(3) L. 1 tit. 25 P. 3.

hacer uso de su menor edad para rescindir sus contratos y pleitos (1), conformándose esta disposicion con la auténtica de los romanos, *Sacramenta puberum*, contra la que tanto declama Castro (2), y cuya inobservancia vemos con gusto. IX. No tiene por último lugar respecto de algunos términos dilatorios, que se llaman fatales, como por ejemplo, el de nueve dias para intentar el retracto de sangre, ó el de tres para suplicar de sentencia interlocutoria.

5.* La restitucion en juicio sobre probanzas no se puede pedir mas de una vez en cada instancia (3) ni debe otorgarse sin que previamente se obligue la parte que la solicita á pagar cierta pena, si no prueba la nueva excepcion para cuyo alegato se pide la restitucion (4). Debe pedirse dentro de los quince dias despues de la publicacion, y no debe darse mas de la mitad del término concedido para la prueba

(1) L. 6 tit. 19 P. 6.
(2) Castro: Discursos criticos sobre las leyes lib 3. disc. 2 y 4.
(3) L. 5 tit. 5 lib. 4 de la R. *ó* ley 1 tit. 13 lib. 11. de la N.
(4) L. 6 tit. 5 lib. 4 de la R. *ó* 2 tit. 13 lib. 11 de la N.

principal, denegándose otra restitucion en la sentencia en que se otorgue, é imponiéndose la pena al que la solicite, que se depositará desde luego, no debiendo tener efecto, si no se verifica el depósito, y debiendo gozar ambas partes del término (1). En segunda instancia se pedirá la restitucion jurando que no se hace de malicia, y dentro de los quince dias de la publicacion, no pudiendo concederse sino la mitad del término concedido en la primera, y con la pena que determinare el tribunal* (2).

6.* La ley 11 del título 17 del libro 4 de la Recopilacion, ó sea la 5 del título 18 del libro 11 de la Novissima, refiriendo otra (3) que niega el recurso de nulidad, aun la de defecto de jurisdiccion, en los casos en que no haya lugar á la suplicacion, declara que en ellos tampoco lo tiene la restitucion, por contrariarse con ella igualmente el objeto de la ley, que era la conclusion de los pleitos. Mas como por de-

(1) L. 3 tit. 8 lib. 4 de la R. ó 3 tit. 13 lib. 11 de la N.

(2) L. 5 tit. 9 lib. 4 de la R. ó 4 tit. 13 lib. 11 de la N.

(3) L. 4 tit. 17 lib. 4 de la R. ó 2 tit. 18 lib. 11 de la N.

recho novissimo está mandado, que solo haya lugar al recurso de nulidad cuando la sentencia de vista ó revista cause ejecutoria [1]; es decir, cuando no pueda haber lugar á la suplicacion, que es lo contrario de lo prevenido por la ley de que hablamos, creemos sin lugar la declaracion que con referencia á ella hizo la otra respecto á la restitucion.*

7. De este beneficio gozan las iglesias, el fisco, los pueblos y ciudades, y las universidades y comunidades, cuando reciben daño por negligencia ó engaño de otro; y para pedirla se les conceden cuatro años contados desde el dia en que recibieron el daño ó menoscabo, y si este fuere en mas de la mitad del justo precio, gozan de treinta años para reclamarlo (2).

8. Pueden pedir restitucion tambien: 1.° Los que han recibido daño en algun contrato que se les hizo otorgar por miedo ó fuerza; porque aunque en rigor de derecho los contratos celebrados de este modo valgan por la razon de que la voluntad forzada es voluntad, se deshacen

[1] Art. 46 de la ley de 9 de octubre de 1812.
[2] L. 10 tit. 19 P. 6.

sin embargo por la ley fundada en la equidad que asi lo dicta, y que es el motivo de todas las restituciones (1). Mas para que el miedo dé lugar á la restitucion ha de ser grave, y del que suele decirse que cae en varon constante, como es el de la muerte, pérdida de algun miembro, de la libertad ó la fama; porque el leve ó vano no basta (2).

9. 2.° Aquellos cuyas cosas se prescriben, estando ellos ausentes por causa de guerra, órden del gobierno, ú otra de la República, ó por romeria, estudios, ú otra semejante, ó en cautiverio, debiéndoseles contar el cuadrienio para pedirlas desde el dia en que se restituyeron á sus hogares; y á sus herederos desde el de su fallecimiento en el lugar de su ausencia (3), compitiendo este beneficio aun á los que hubiesen dejado procurador en el lugar durante su ausencia, como hemos asentado en otra parte (4).

10. 3.° Aquellos que quieren demandar alguna cosa á otro, y este la enagena á

(1) L. 56 tit. 5 P. 5.
(2) L. 7 tit. 33 P. 7.
(3) LL. 10 tit. 23 y 28 tit. 29 P. 3.
(4) Digesto romano hispano. lib. 4 tit. 6 n. 10.

un tercero mas poderoso para oponer al que intenta demandarle un contrario mas fuerte y embarazoso. En este caso podrá el que demanda usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó el resarcimiento de perjuicios al que la enagenó, segun elija (1). Mas como la ley exije, que la enagenacion haya sido hecha engañosamente ó con dolo, advierte Gregorio Lopez (2) que no habrá lugar á la restitucion si la cosa se enagenó sin dolo. Y como este no se presume en las últimas voluntades, tampoco tendrá lugar conforme á una ley romana (3) cuando uno enagena la cosa, instituyendo heredero ó legándola, concurriendo ademas la circunstancia de que esta enagenacion es necesaria.

(1) LL. 30 tit. 2 y 15 tit. 7 P. 3.
(2) Gregor. Lop. glos. 2 de la ley 15.
(3) L. 8 § 3 de alien. jud. mut. caut.

FIN DEL LIBRO I.

LIBRO II.

DE LAS COSAS.

TITULO I.

De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio.

Tit. 28 Part. 3.

1. El segundo objeto del derecho son las cosas, por cuyo nombre se entiende: *Aquello que no siendo persona ni accion puede ser de algun útil, ó comodidad al hombre*. La ley (1) designa cinco especies de cosas. I. Comunes á todos los vivientes, asi racionales como irracionales. II. Comunes á todos los hombres. III. Propias de alguna ciudad, villa, ó pueblo, que son comunes á todos los que la forman. IV. Propias de cada hombre, que puede ganar ó perder el dominio de ellas. V. Las que no pertenecen al dominio de ningun hombre ni se cuentan entre sus bienes.

(1) L. 2 tit. 28 P. 3.

2. Esta V.ª especie de cosas es la que comprende las que se llaman divinas á diferencia de las comprendidas en las otras cuatro que son humanas. Las divinas se distinguen (1) en sagradas, religiosas y santas: las primeras son las que consagran los obispos para el servicio de la Iglesia, y asi lo son los templos y demas cosas destinadas inmediatamente al culto divino; y aun cuando el templo es destruido, queda sagrado el lugar en que estaba edificado (2). Religiosas se llaman por la ley (3) de Partida, imitando al derecho romano, los lugares en que se sepultan los cadáveres; estos lugares son respetados en todas las naciones, y entre nosotros no se distinguen hoy de las cosas sagradas, pues no se verifica la sepultura sino en lugares que hayan recibido la bendicion de la Iglesia, ya sean los templos, ya los cementerios. Santas se llaman [4] los muros y puertas de la ciudad, y á los que las rompian ó forzaban se les imponia pena de muerte; mas Grego-

(1) L. 12 tit. 28 P. 3.
(2) L. 13 del mismo tit. y P.
(3) L. 14 de id.
(4) L. 15 de id.

rio Lopez (1) dice, que esto no debe tener lugar sino en la violacion hecha con dolo, y no en la que se hiciese sin él, por la que deberá aplicarse una pena extraordinaria. * A estas tres clases debe agregarse una cuarta, á saber: las cosas eclesiásticas, bajo cuyo nombre se comprenden los bienes destinados á los gastos del culto, sustento y manutencion de los ministros (2). No solamente está prohibida la enagenacion de las cosas sagradas, sino tambien la de las eclesiásticas, si no es por necesidad ó utilidad de la Iglesia, ó para algun otro efecto piadoso y con licencia del superior eclesiástico, que deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion (3).*

3. Las otras cuatro especies son de las cosas que se llaman humanas. Las de la 1.ª se dicen *comunes*, porque sirven á los hombres y demas vivientes, como el aire, la agua llovediza, el mar y sus riberas (4), entendiéndose por tal *todo aquel lugar que cubre el agua del mar cuando mas cre-*

(1) Gregor. Lop. glos 2. de la ley 15.
(2) L. 12 tit. 28 P. 3.
(3) LL. 1 y 2 tit. 14 P. 1 y 3 tit. 5 lib. 1 del Fuero Real.
(4) L. 3 tit. 28 P. 3.

ce en cualquier tiempo de invierno ó de verano (1). De estas pueden aprovecharse todos los hombres sin que otro pueda impedírselo, ni servirse de la casa ó cabaña que hubiere fabricado, si no es con su consentimiento (2). mas si fuere derribada por el mar, ó de otro modo, podrá otro aprovecharse del sitio.

4. Las de la II se llaman *públicas* y pertenecen á los hombres en general, como rios, puertos, y caminos públicos, de que pueden usar no solo los naturales de aquella tierra donde se hallen, sino tambien los extrangeros (3), á menos que haya alguna ordenanza municipal, ley ó costumbre que limite, ó impida este uso á cierta clase de personas. Como el uso de los rios es comun á todos los hombres, nadie puede hacerlo de modo que embarace á los demas; asi es que si alguno fabricase molino ú otro edificio que estorbara la navegacion, deberia derribársele, porque *no es cosa guisada que el pró de todos los hombres comunalmente se estorbe por el pró de*

(1) L. 4 tit. 28 P. 3.
(2) L. 4 cit.
(3) L. 6 tit. y P. cit.

alguno (1). Y aunque el uso de las riberas es igualmente comun, el señorio y propiedad de ellas pertenece al dueño de las heredades á que están unidas (2), y asi le pertenecen los árboles que haya en ellas, pudiendo cortarlos, con tal que no sea á tiempo de que esté atada alguna embarcacion, ó al llegar á atarla, porque entonces se reputaria que se impedia el uso comun (3).

5. Las de la III se llaman propias del comun, ó concejo de algun pueblo, entre las cuales hay algunas de que puede usar cada vecino, y otras de que no pueden hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, plazas donde se celebran las ferias y mercados, arenales de las riberas de los rios, ejidos, pastos, carreras ó sitios destinados para correr caballos, montes, dehesas y otros lugares semejantes que sirven para el uso comun de los moradores del lugar (4) y no de los de los otros (5). Las segundas son los campos, viñas, huertas, oli-

(1) L. 8 tit. 28 P. 3.
(2) L. 6 tit. y P. cit.
(3) L. 7 del mismo.
(4) L. 9 del mismo.
(5) L. 10 del mismo.

vares y otras heredades, los ganados y demas cosas que dan algun fruto ó renta; pues aunque corresponden en comun á los moradores del pueblo á que pertenezcan, no puede cada uno aprovechare de ellas, sino que deben emplearse sus frutos y rentas en beneficio comun del mismo pueblo (1).

6.* Estos bienes de la segunda clase son los que se llaman *propios* y *arbitrios*, entendiéndose por los primeros las heredades, casas ú otro cualquier género de hacienda que tienen los ayuntamientos para los gastos públicos, y por los segundos los derechos que llaman municipales, y se cobran por las ciudades y pueblos que no tienen propios bastantes para los gastos públicos, sobre los comestibles y efectos comerciales, impuestos por la autoridad suprema. La administracion de propios y arbitros abraza tres cargos principales, que son: 1.° el arrendamiento ó subasta de las fincas de propios: 2.° la inversion de los caudales de propios y arbitrios, y 3.° la formacion de las cuentas. Estos tres puntos están reglamentados en

(1) L. 10. tit. 28 P. 3.

el título 5 del libro 7 de la Recopilacion, ó el 16 del libro 7 de la Novissima, en el título 13 del libro 4 de la Recopilacion de Indias, y en la Ordenanza de Intendentes desde el artículo 28 hasta el 53 inclusive, debiendo los ayuntamientos sujetarse á las prevenciones contenidas en estos lugares por el artículo 11 de la instruccion de 23 de junio de 1813. Mas como muchas de estas disposiciones quedaron sin lugar por la independencia de la nacion, y otras por la forma que adoptó para su gobierno, y en su lugar podrán haber sido sustituidas otras dictadas por las legislaturas de los estados como punto de su organizacion interior, nos abstenemos de referirlas, limitándonos á indicar aquellas mas esenciales y que por su importancia deberán conservarse siempre. Tales son la de que los arrendamientos de las fincas de propios se verifiquen en pública almoneda con todas las solemnidades que para ello se requieren (1), no pudiendo fincar el remate en ninguno de los individuos ó dependientes del ayuntamiento y junta municipal (2): que

(1) L. 27 tit. 16 lib. 7 de la N.
(2) La misma.

los ayuntamientos no puedan hacer ningun gasto extraordinario de los fondos de propios y arbitrios que exceda de veinte y dos pesos, sin la prévia aprobacion de la autoridad superior (1), y que en principio del mes de febrero esté efectuada la formacion, entrega y presentacion de la cuenta de estos ramos (2). Los que desearen mayor instruccion sobre las disposiciones del derecho español en esta materia de propios y arbitrios, y en la de positos, que pertenece á esta clase, pueden consultar el Febrero Novissimo de Tapia en los capítulos 1.°, 2.° y 3.° del titulo 1.° del libro 2.°*

7. La IV especie comprende las cosas *particulares* que pertenecen señaladamente á cada hombre ó comunidad, pudiendo adquirir ó perder el dominio de ellas (3). Estas son corporales ó incorporales (4): las

(1) Por las reales ordenes de 11 de noviembre de 1787 y de 14 de setiembre de 1788 se deroga el art. 34 de la Ordenanza de Intendentes, y se manda prácticar lo dispuesto por las leyes de Indias y por la cédula de 12 de julio de 1640. *Nota de Alvarez.*

(2) L. 13 art. 7 tit. 16 lib. 7 de la N.

(3) L. 2 tit. 28 P. 3.

(4) L. 1 tit. 30 P. 3.

primeras son las que se pueden ver y tocar, y se distinguen en muebles que son las que pueden moverse por sí como los animales; ó por los hombres, como las alhajas; y en inmuebles ó raices que no se pueden mover, como las casas (1). Las incorporales, son las que no se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones.

8.ª Explicadas las especies de cosas, se sigue tratar del derecho que pueda tenerse á ellas. Este derecho es á veces *en la cosa*, y á veces *á la cosa.* El primero es el poder ó facultad que el hombre tiene sobre cosa cierta y determinada sin referencia á persona alguna (2), y el segundo por el contrario, es la facultad que una persona tiene para obligar á otra á que le dé ó haga alguna cosa (3). Uno y otro derecho se distinguen: 1.º, en que cuando el derecho es *en la cosa,* esta es la obligada, y cuando es *á la cosa* lo es la persona: 2.º, que por el derecho *en la cosa* se pide lo que es propio, y por el de *á la cosa* lo que otro está obligado á dar ó hacer, y 3.º de el derecho *en la cosa* resulta ac-

(1) L. 4 tit. 29 P. 3.
(2) Arg. de la ley 13 tit. 11 P. 3.
(3) Arg. de la ley 33 tit. 5 P. 5.

cion real contra cualquier poseedor, y de el que es *á la cosa* solamente personal contra aquella que se obligó; de ahí es que solo hay una especie de derecho á la cosa que es la obligacion, y son varias las del derecho en la cosa, y las principales son cuatro: *dominio, servidumbre, herencia y prenda.**

9. El dominio, al que las leyes (1) llaman *señorio y propiedad*, es el *derecho de disponer de una cosa segun su arbitriò si no lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convencion.* Cuando se tiene juntamente la facultad de disponer y de usar de la cosa, el dominio se dice *pleno*, y cuando solo es para uno, ó para la otra se llama *menos pleno*, el cual si es para disponer de la cosa se dice *directo*, y si para usar de ella *útil.* Aunque en rigor el dominio solo es de cosas corporales latamente, se dice tambien de las incorporales, ó derechos, principalmente los reales, ó en la cosa, como que gravitan en ella á favor del que los tiene.

10. La division del dominio de las cosas es de derecho natural y de gentes, mas

(1) L. 27 tit. 2 P. 3.

los modos de adquirir este dominio, unos son de derecho natural, y otros introducidos por el civil. Los modos naturales de adquirir el dominio, son originarios ó derivativos: se llaman originarios, cuando se adquiere alguna cosa que no estaba en dominio de otro, y derivativos, cuando la cosa que era de otro pasa al nuestro por entrega de su dueño. Cuando adquirimos alguna cosa que no era de otro, se llama *ocupacion*, y es el modo originario perfecto. Cuando adquirimos lo que se unió ó agregó á cosa que era nuestra ó procedió de ella, se llama *accesion*, que es el modo originario imperfecto, y cuando alguno nos eutrega lo que era suyo para que sea nuestro se llama *tradicion*, que es el modo derivativo.

11. La ocupacion es *la aprension real de una cosa corporal de ninguno con ánimo de adquirirla para sí* (1), y se dintingue en tres especies que son: la caza, la ocupacion bélica, y la invencion. La caza es la aprension de animales, los cuales son mansos, ó fieros, ó amansados. Fieros se llaman, *los que por instinto tienen inclina-*

(1) L. 17 tit. 28 P. 3.

cion de ir y vaguear por todas partes sin apetecer la compañia del hombre. Estos son del que los coje, aunque sea en campo ageno, con tal que no lo impida el dueño de él, ya sea prohibiendo la entrada, ó prohibiendo que se caze en él; pues en estos casos la caza es del dueño del campo (1). El cazador pierde el dominio, si los animales salen de su poder, y vuelven á su anterior estado, lo que se entiende sucedido, cuando han huido, y se hallan tan lejos que ó no se ven, ó si se ven, es de modo que no pueden cojerse, y entonces se hacen del primero que los coje (2). La ley de Partida (3) disponia, que si herida una fiera y perseguida por el cazador, la aprendia otro, fuese de este; mas otra (4) del Fuero Real prohibe que se aprenda la fiera herida, mientras la persigue el que la hirió. Conforme á la misma ley de Partida hace suya la fiera el que la aprende enredada en el lazo que otro puso, aunque en la misma se cita la costumbre con-

(1) L. 17 tit. 28 P. 3.
(2) L. 19 tit. y P. cit.
(3) L. 21 del mismo.
(4) L. 16 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.

traria de algunos lugares, á la cual se inclina Gregorio Lopez (1) citando á Azon, que dice ser general, principalmente si la fiera estaba tan enredada que no podia escapar, ó si estaba á la vista el que puso el lazo.

12.* Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho natural, la potestad soberana puede modificarla ó limitarla en beneficio del comun, como lo prueba Covarrubias (2). Segun este principio se leen varias limitaciones en nuestro derecho (3) que sustancialmente se reducen á las siguientes: 1.ª, que no se caze en tiempo de cria. 2.ª, que no se armen cepos grandes en los montes, y 3.ª que para la pesca no se use de cal viva, tósigo, veneno ú otras cosas perjudiciales.

13.* El buceo de perlas es una especie de pesca, que está permitida generalmente, pagando á la hacienda pública el quinto de las que se sacaren, y pidiendo licencia para ello al gobernador y gefe de

(1) Gregor. Lop. glos. 1 y 3 de la ley 21 tit. 28 P. 3.
(2) Covar. in cap. *Peccatum* de reg. jur. in 6 § 8.
(3) LL. 1, 2, 6 y 9 tit. 8 lib. 7 de la R. ó 3, 1 y 8 tit. 30 lib. 7 de la N.

hacienda del estado ó territorio en cuyos mares se haga la pesca (1).*

14. Entre los animales que se reputan fieras se cuentan las abejas, que mientras se conservan en las colmenas son del dueño de estas; mas los enjambres que salen solo le pertenecen mientras los tiene á su vista y no tan lejos que se considere imposible recogerlos; pues entonces son del primero que los ocupa, metiéndolos en colmena ó asegurándolos de otro modo, aunque pararen en árbol ageno, si no es que el dueño del campo, estando presente, prohibiese cogerlos, y lo mismo debe decirse de los panales que allí fabricaren (2); mas no podrá prohibir al dueño del enjambre, que vaya en su persecucion, entrar á su campo á recogerlo (3).

15. Mansos se reputan todos los animales que nacen y se crian en las casas, como las gallinas, los ánsares y patos; y estos permanecen en el dominio del que los crió, aun cuando vuelen y se vayan de su casa, y los puede reclamar al que

(1) LL. 29 30 y tit. 25 lib. 4 de la R. de Ind.
(2) L. 22 tit. 28 P. 3.
(3) L. 17 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.

los retenga con intencion de hacerlos suyos (1).

16. Amansados se llaman, los que siendo fieros ó salvages por naturaleza tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres. Mientras conservan esta costumbre, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos; y si la dejan, la de los fieros. En la ley (2) se refieren varias especies de estos animales, de las que la mas notable es la de las palomas. En órden á estas hay algunas disposiciones particulares dirigidas á impedir los daños que suelen causar en las sementeras y eras en los tiempos de cosechas. Estas disposiciones ampliadas respecto de lo que estaba determinado (3) por la pragmática de 16 de setiembre de 1784 (4) se reducen; á imponer á los dueños de palomares la obligacion de cerrarlos y ponerles redes en los meses de junio, julio y agosto, octubre y noviembre, sin que pueda ampliarse ni reducirse este término:

(1) L. 24 tit. 28 P. 3.
(2) L. 23 tit. y P. cit.
(3) L. 7 tit. 8 lib. 7 de la R. ó 3 tit. 31 lib. 7 de la N.
(4) L. 4 tit. 31 lib. 7 de la N.

que si en esos meses se hallaren las palomas fuera del palomar se les pueda tirar por los vecinos ó forasteros, sean labradores ó nó, en los sembrados y en las eras sin incurrir en pena alguna, con tal que siendo dentro de la distancia del tiro se haga á espalda vuelta á los palomares: que los dueños de estos, ademas de perder las palomas, paguen el daño á justa tasacion, y un real de vellon de multa por cada una, con agravacion en los casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares, y otras arbitrarias; y por último, que fuera de esos meses queden en su vigor las disposiciones anteriores (1) por las que se prohibe tirar en las inmediaciones de los palomares, sino solo á distancia de una legua en contorno.

17. * La segunda especie de ocupacion es la bélica, y es la aprension de las cosas de los enemigos en guerra (2), por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo; lo que indica con bastante claridad, que este derecho no tiene lugar en las guerras civi-

(1) L. 7 tit. 8 lib. 7 de la R. ó 3 tit. 31 lib. 7 de la N.
(2) L. 20 tit. 28 P. 3.

les, en las que los contendientes no pueden decirse enemigos en el sentido que aqui se le da á esta palabra. Aunque las leyes de nuestro derecho (1) contienen las disposiciones relativas á la ocupacion bélica, como esta es verdaderamente un modo de hacer la guerra, y el tratar de esta es mas propio de los autores que hablan del derecho de gentes, que de los que como nosotros tratan del civil, nos limitamos á citarlas en la nota, remitiendo á nuestros lectores que quieran instruirse sobre este punto al cap. 3 del lib. 3 del *Derecho de Gentes*, escrito por Vattel. *

18. La última especie de ocupacion es la invencion, por la cual se adquiere el dominio de las cosas que se encuentran casualmente sin dueño conocido, como las piedras preciosas y otras cosas semejantes en las riberas del mar (2), ó que se hallan desamparadas por su dueño con ánimo de no volver á poseerlas,

(1) Todo el tit. 26 de la P. 2. La l. 21 tit. 4 lib. 6 de la R. ó 3 tit. 8 lib. 6 de la N. Todo este tit. 8 del lib. 6 de la N. en que se insertan las últimas ordenanzas de corso.

(2) L. 5 tit. 28 P. 3.

cuya circunstancia es absolutamente necesaria, y por su falta no tiene lugar la adquisicion de dominio en las cosas muebles que se arrojan al mar por miedo ó peligro de naufragio, ni en las heredades ó casas que el dueño deja desamparadas sin atreverse á ocuparlas por temor de ladrones ó enemigos (1) Tampoco se adquiere por la invencion el dominio de los bienes que se llaman *mostrencos*, que son las fincas que se hallan perdidas sin saberse de quien son, las cuales segun las últimas disposiciones (2) que corrigieron las anteriores (3) deben pregonarse por espacio de catorce meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda reclamar; y si pasado este término no apareciere, se deben vender y aplicar su producto á la construccion y conservacion de caminos.

19. Con respecto al hallazgo ó invencion de un tesoro, esto es, dinero escon-

(1) LL. 49 y 50 tit. 28 P. 3.
(2) L. 6 tit. 22 lib. 10 de la N. que comprende el decreto de 27 de noviembre de 1785 y la instruccion de 26 de agosto de 1786.
(3) LL. 6, 7 y 8 tit. 13 lib. 6 de la R. ó 2, 4 y 5 tit. 22 lib. 10 de la N.

dido, aunque la ley de Partida (1) concedia por razon de la ocupacion la mitad de él al que lo hallaba, otra mas reciente (2) solo le daba la cuarta parte; y aunque parece hablar solamente de los tesoros hallados en lugares pertenecientes al dominio del soberano, Covarrubias [3] y con mas extension Gutierrez (4) prueban deber entenderse de todos, y que en esto no hay injusticia. * Mas asi la ley de Partida, como la de la Recopilacion que la reformó, nunca tuvieron lugar en América, para la cual se dictaron disposiciones diversas que vamos á explicar. Todo el que intente descubrir tesoros, haciendo excavaciones, debe capitular primero con el gobernador la parte que haya de dársele de lo que sacare, y dar fianzas bastantes de que satisfará los daños que se siguieren en las casas y posesiones donde se hicieren, tasándose por peritos nombrados por ellos. Las costas

(1) L. 45 tit. 28 P. 3.

(2) L. 1 tit. 13 lib. 6 de la R. ó 3 tit. 22 lib. 10 de la N.

(3) Covar. in cap. *Peccatum* de reg. jur. in 6 part. 3 § 2 n. 4.

(4) Gutier. lib. 4 pract. quaest. 36 a n. 51.

y gastos serán por cuenta del que intente el descubrimiento, y éste se hará con asistencia de una persona de confianza designada por el gobernador, la cual asistirá y llevará cuenta al descubridor de lo que hallare, haciéndolo valuar; y de todo ello se le dará la parte concertada, sacándose los derechos y quinto que corresponde al fisco, al cual se aplicará la parte restante [1]. *

20. * De los *guacas* ó tesoros que se hallen en sepulturas, casas ó adoratorios antiguos de los indios, sea que se busquen de intento, ó que se encuentren por acaso siendo cosas de oro ó plata fundida ó labrada, piedras ó perlas, se ha de aplicar al fisco el quinto, y el uno y medio por ciento de fundicion al ensayador y marcador, si no constare estar ya pagado, debiendo sacarse primero esto que el quinto; y siendo cobre, plomo ó estaño el uno por ciento y el quinto, y del resto se aplicará la mitad al fisco y la otra al descubridor (2). *

21. * A la invencion pertenece tam-

(1) L. 1 tit. 12 lib. 8 de la R. de Ind.
(2) L. 2 tit. 12 lib. 8 de la R. de Ind.

bian la adquisicion de las minas por descubrimiento, ó por denuncio. El descubrimiento, ha de ser ó de cerros minerales absolutamente nuevos, y en estos podrá adquirir el descubridor hasta tres pertenencias de las medidas señaladas, ó de veta nueva en cerro conocido, y entonces podrá tener dos pertenencias seguidas ó interrumpidas por otras minas, pero designándolas, lo mismo que las expresadas arriba, dentro de diez dias (1). Mas el que descubriere mina nueva en veta conocida no se tiene por descubridor (2). El denuncio se verifica respecto de minas que se han dejado desiertas y despobladas (3), ó en las que se haya dejado de observar alguna de las ordenanzas, que imponen la pena de caer en denuncio [4]. Ninguno puede denunciar dos minas contiguas en una misma veta, no siendo descubridor; pero bien pueden poseerse una por denuncio, y otra ó mas por venta ú

(1) Artículos 1 y 2 tit. 6 de las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1783.
(2) Art. 3 tit. 6.
(3) Art. 8.
(4) Art. 14.

otro título justo [1]. No pueden adquirir minas los regulares de ambos sexos ó sus conventos, ni los eclesiásticos seculares (2). Tampoco las autoridades, jueces ni escribanos de los asientos de minas, aunque podrán adquirirlas en otros departamentos (3), ni los administradores y demas dependientes de los dueños de minas en mil varas en contornos de las de sus amos, aunque sí pueden denunciarlas para estos (4). Los extrangeros por último no pueden descubrir ni denunciar minas, pues aunque por el artículo 1.° del decreto de 7 de octubre de 1823 se suspendieron todas las disposiciones (5) que exigian en los extrangeros la calidad de naturalizados, para poder adquirir y trabajar minas propias; mas por esta suspension segun el artículo 2.° solo se habilitó á los extrangeros para poder adquirir en propiedad acciones en las negociacio-

(1) Art. 17 tit. 6 de la Ordenanza.
(2) Art. 2 tit. 7.
(3) Art. 3.
(4) Art. 4.
(5) L. 12 tit. 10 lib. 5 de la R. *ó* 15 tit. 5 lib. 3 de la N. L. 5 tit. 18 lib. 6 de la R. *ó* 4 tit. 13 lib. 9 de la N. L. 1 tit. 10 lib. 8 y las del tit. 27 lib. 9 de la R. de Ind.

nes de minas que habilitasen, quedando subsistente por el artículo 3.° la prohibicion de registrar minas nuevas, ó denunciar las desamparadas. Las diligencias que deben practicarse para que se declare el dominio al descubridor, ó denunciante se explicarán cuando tratemos de los juicios.*

22. El segundo modo de adquirir el dominio es la *accesion*, la cual es *el derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á una cosa nuestra*, y es de tres maneras, *natural, artificial y mixta.* Natural es la que se hace por la naturaleza, artificial la que hace la industria de los hombres, y mixta la que participa de ambas. Algunos autores distinguen tambien la accesion en *discreta*, cuando hay diversos cuerpos de los que uno sigue al otro, y *continua* cuando la parte añadida forma un todo con la otra á que se añadió.

23. Por accesion natural discreta se adquiere el dominio del parto por los dueños de las hembras, por el axioma de que *todo lo que nace de un vientre que está en nuestro dominio es nuestro*, y asi el dueño de la vaca lo es de su parto, aunque no lo sea del toro, á cuyo dueño nada se le debe, á menos que haya pacto, ó costumbre

de pagarle algo (1). Por la misma se adquieren los frutos que producen los campos.

24. De la accesion natural continua hay cuatro especies que son el aluvion, la fuerza del rio, la isla que nace en él y la mutacion del cauce. El aluvion es *el crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á los campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une en cada vez*, y este aumento se hace propio del dueño del campo por accesion (2). *Aunque esto se entiende, segun Alvarez (3) en los campos que no tienen mas límites que el rio, á los cuales llaman *arcifinios*, pues teniendo límite cierto, lo que se les aumentare será público.* La fuerza del rio se verifica cuando en alguna avenida el rio arranca violenta y repentinamente una parte de la heredad del vecino con árboles ó sin ellos, y la agrega á la de otro. En este caso la parte añadida no se hace propia del dueño del campo á que se agregó, si no es que pase tan-

(1) L. 25 tit. 28 P. 3.
(2) L. 26 tit. y P. cit.
(3) Alvar. Instit. del Dro. Real. lib. 2 tit. 1 § 6.

to tiempo sin reclamarse por el de la heredad de que se desprendió, que los arboles se hayan arraigado en el otro fundo; en cuyo caso pasa el dominio al dueño de este con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos (1); sobre lo cual advierte Gregorio Lopez (2), que el exigirse el arraigo de los árboles, es para indicar que debe transcurrir cierto tiempo, pues lo mismo sucederia si no hubiese árboles que arraigaran, y que el menoscabo debe calcularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

25. La isla que se forma de nuevo en un rio pertenece por accesion á los dueños de los campos de ambas riberas, si ella está en el medio, con proporcion á la parte que toca de cada uno; pero si se acerca mas á una ribera que á otra, de modo que esté sola una mitad del rio, la dividirán entre sí solamente los que tengan sus heredades á esta parte, y siempre que ni esté en el medio, ni enteramente á un lado, se hará la medida y division con proporcion al tamaño de las heredades, y al

(1) L. 26 tit. 28 P. 3.
(2) Greg. Lop. glos. 6 y 7 de la ley 26.

lugar de la isla (1). Si los campos vecinos pertenecieren á uno en usufructo, y á otro en propiedad, la isla pertenecerá en cuanto á ambas cosas al propietario, á diferencia de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza del rio, que pertenece en usufructo al fructuario (2). Si la isla se formare por una grande avenida, que dejase aislado algun campo, permanecerá en el dominio de quien era dueño de este (3). En el mar la isla que aparece de nuevo es del que la puebla primero; mas debe obedecer al señor en cuyo señorio esté el lugar donde apareció (4). Cuando un rio muda de cauce, el que toma de nuevo se hace comun como el rio, y el que deja le adquieren los dueños de los campos vecinos (5). Los campos inundados ó cubiertos de agua por alguna avenida permanecen en el dominio del que era su dueño antes de la inundacion, y aunque durante esta tenga embarazada la posesion, luego

(1) L. 27 tit. 28 P. 3.
(2) L. 30 tit. y P. cit.
(3) L. 28 del mismo.
(4) L. 29 del mismo.
(5) L. 31 del mismo.

que cese, y los campos se descubran, puede usar de ellos, como lo hacia antes (1).

26 La accesion industrial puede ser por *adyuncion* ó conjuncion, por *especificacion*, ó formacion de especie nueva, ó por *conmixtion* ó mezcla Por adyuncion se verifica cuando á una cosa existente se añade otra que la completa ó perfecciona. Esto puede hacerse por *inclusion* como si una piedra agena se engasta en anillo propio, por *soldadura*, como si á una estatua propia se suelda con el mismo metal el brazo ageno, por *intextura* como si en tela propia se borda con seda agena, por *edificacion*, como si en suelo propio se fabrica con materiales agenos, ó con materiales propios en suelo ageno, por *escritura* escribiendo en papel ageno, y por *pintura* pintando en lienzo de otro. En todos estos casos el dueño de la cosa que existia adquiere por la accesion el dominio de la cosa añadida, siempre que en la adyuncion hubo buena fe, esto es, que se creyera que la cosa que se añadia era propia, y con las modificaciones que notaremos despues; fundándose esta doctrina ge-

[1] L. 32 tit. 28 P. 3.

neral en que lo accesorio sigue á lo principal (1), reputándose tal la cosa que existia, menos en la pintura, en la cual por la nobleza de la obra, el lienzo cede á ella (2).

27. El requisito de la buena fe es tan esencial en la adyuncion para la adquisicion del dominio, que faltando en el dueño de la cosa que existia, no solo no lo adquiere respecto de la cosa añadida, sino que al dueño de esta se le concede la accion de hurto contra aquel (3), y si el que hizo la adyuncion fue este, y no con buena fe, pierde su cosa presumiéndose que la dona, como si el dueño del brazo de metal lo une á la estatua que sabe que es mia. (4) Mas aunque habiendo buena fe se adquiere el dominio de las cosas agenas por la accesion industrial, es con la obligacion de parte del que lo adquiere de satisfacer al otro el valor de la cosa, cuyo dominio pierde, ó de devolvérsela si se puede, como sucede en el caso de la estatua, en el que su dueño tiene la eleccion,

[1] LL. 35, 36, 37, 38, 42 y 43 tit. 23. P. 3.
[2] L. 37 citada.
[3] LL 35 y 36 citadas.
[4] La misma ley 35.

ó de retener el brazo añadido, pagándolo, ó de devolverlo, sinó.

28. Hemos indicado que las leyes hacen ciertas modificaciones en algunos de los casos que acabamos de explicar, y son las siguientes. En la soldadura ademas de la buena fe, se requiere que sea hecha con el mismo metal de que es la pieza, pues si se hace con otro, aunque haya buena fe, no se adquiere el dominio. En la escritura, si el dueño del libro quisiere quedarse con él, deberá pagar al que escribió, tasándose antes por peritos; mas si el escrito fuese secreto, ó el que lo hizo tuviese mucho interes en conservarlo, dicta la equidad á falta de leyes, que se le deje pagando al dueño el valor del libro. En la edificacion hay que notar, que aun cuando no hubiese buena fe en el que tomó los materiales agenos para edificar en terreno propio, no tiene el dueño de ellos el derecho de vindicarlos, por evitar la deformidad que resultaria á las poblaciones arruinando las casas; pero al que los tomó se le impone la obligacion de pagar duplicado el valor de ellos (1). Otra ley (2) dis-

(1) L. 38 tit. 28 P. 3.
(2) L. 16 tit. 2 P. 3.

tingue al que edificó con buena fe del que lo hizo con mala: respecto del primero concede la accion al doble, y del segundo dice que deberá pagar cuanto jurare interesarle el que recibió el daño, de manera que cotejadas estas dos leyes, resulta que contra el que edificó de mala fe hay accion para pedir el interes, ó el valor doble de los materiales; debiendo advertir, que en la práctica no hemos visto, ni creemos se verá, que al que edificó con buena fe se le condene al doble.

29. La especificacion, ó formacion de nueva especie se verifica cuando de una cosa agena se hace otra nueva distinta. En este caso debe distinguirse, si la materia se puede restituir á su primera forma, ó no. Si no se puede, el dominio de la materia pertenece al que formó la especie, y asi será mio el vino ó el aceite que hice de uvas y aceitunas agenas, y entonces el modo de adquirirlo se reduce á la ocupacion, porque la especie formada como cosa que aparece de nuevo, se reputa de ninguno, y es del primero que la ocupa (1). Mas si se puede res-

(1) No nos parece muy exacto lo que dice Sala

éste se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio; y asi sea que se siembre semilla agena en campo propio, ó semilla propia en campo ageno, la siembra será del señor del suelo, pero debe pagar los gastos hechos en ella y en la semilla (1), y del mismo modo toda planta puesta en campo ageno, se hace del dueño de él, pero no antes de que arraigue (2). De los árboles puestos en los confines se puede dar otra regla general, y es que el dominio del árbol se estima en derecho por las raices (3); de manera que si las raices están en una heredad, y las ramas caen para otra, el árbol pertenecerá al dueño de aquella, y estando las raices en las dos heredades el árbol será comun á los dueños de ellas [4].

32. Para la percepcion de los frutos de cosa agena se requiere 1.° poseerla no con una posesion natural, que es la mera detencion de la cosa, sino con la

[1] L. 43 tít. 28 P. 3.
[2] La misma.
[3] Argumento de la misma vers. *Otro si* en el medio
[4] La misma ley.

posesion civil que resulta de la detencion corporal de la cosa, y el ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio: 2.° buena fe, esto es, el juicio recto por el que uno se cree dueño de la cosa sin motivo para juzgar lo contrario; debe ser continua, ó no interrumpida, porque luego que hay razon para no creerse dueño, deja de haber buena fe: 3.° justo título y bastante para transferir el dominio, y asi es que el que tiene la cosa agena en comodato, aunque posee de buena fe y con justo título, no hace suyos los frutos de ella, porque el título no es bastante á transferir el dominio. Con estos requisitos adquiere para sí el poseedor de cosa agena los frutos que hubiere percibido de ella hasta que apareciendo el verdadero dueño, se haya contestado el pleito, estando consumidos ó gastados; pues los no gastados ó existentes los debe entregar al dueño de la finca, sacando primero las expensas, lo cual tambien puede hacer el poseedor de mala fe [1]. Esta doctrina debe entenderse de los frutos que se llaman *industriales*,

[1] L. 39 tit. 28 P. 3.

porque no vienen sin la industria y cultivo del hombre.

33. Mas respecto de los frutos *naturales*, que son los que dan los campos sin que intervenga el trabajo del hombre, debe restituirlos el poseedor con la heredad, aunque los haya percibido y consumido de buena fe; respecto del poseedor de mala fe, si los ha consumido, dice la ley [1], que debe restituir su precio, y asi parece igualado en cuanto á la obligacion de devolver los frutos el poseedor de buena fe con el de mala; mas Gregorio Lopez [2] la explica asentando, que la devolucion del precio de los frutos consumidos por el poseedor de buena fe solo debe ser en cuanto se hizo mas rico, y por el de mala en el todo. Esta interpretacion sobre ser conforme á la equidad, tiene fundamento en la misma ley, que habiendo dicho del poseedor de buena fe, que debe restituir los frutos despendidos, varía de locucion cuando habla del de mala, diciendo que debe pechar el precio de ellos; y esta variacion en el

(1) L. 39 tit. 28 P. 3.
(2) Greg, Lop. glos. 9 de la l. 39.

modo de explicarse indica que la hay en la doctrina, y no puede ser otra que la dicha. La ley [1] distingue entre los poseedores de mala fe aquellos que han robado la cosa, ó entrado en su posesion sin título de los que la tienen por compra, donadio, ú otro título justo, pero sabiendo que aquel de quien la han habido no tenia derecho de enagenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio, deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubiera podido llevar su dueño: y de los segundos, que deben restituir los frutos percibidos, pero no los que hubieran podido percibirse; de cuya limitacion pone cuatro excepciones de las que la mas notable es, cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fue partícipe del engaño.

34. En órden á las expensas hechas por el poseedor de casa agena, se distinguen en necesarias, útiles y voluntarias. Las necesarias las puede cobrar todo poseedor sea de buena ó de mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño has-

(1) L. 40 tit. 28 P. 3.

ta que se las pague; mas debe tomar en descuento los frutos ó provecho que hubiere percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, se debe distinguir entre el poseedor de buena y de mala fe: el primero las puede cobrar, como las necesarias, y el segundo las puede sacar y llevárselas, si el dueño no quisiere pagarselas. En las voluntarias puede hacer esto el poseedor de buena fe, dejándolas si el dueño las quiere, ó llevándoselas si no; mas el de mala nada puede sacar, ni cobrar por razon de éstas [1].

35. El único modo derivativo de adquirir el dominio, es la tradicion ó entrega de la cosa que hace el dueño ó su procurador con justo título, bastante para transferir el dominio al que recibe. La tradicion puede ser *natural*, *simbólica ó ficticia:* se dice *natural*, cuando realmente se entrega la cosa en manos del que la compra ó adquiere por otro título; *simbólica*, cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir, como si se dan las llaves del granero en

(1) L. 44 tit. 28 P. 3 que habla con mas claridad que las 41 y 42 que tratan de lo mismo.

que está encerrado el trigo que se vende (1), y *ficticia* cuando no interviene entrega real en el acto, sino que se presume ó finge, y esta ficcion puede ser de dos modos, ó *longa manu*, cuando la cosa se pone á la vista de aquel á quien se entrega, sin que él la toque (2), ó *brevis manus*, cuando el que ya está en posesion de una cosa, se da por entregado de ella, como si teniendo yo en mi poder una cosa de Juan en arrendamiento, ó depósito, me la vende, adquiero el dominio sin necesidad de la tradicion real, porque el derecho finge que se la restituí, y me la entregó despues (3). Para que por la tradicion se adquiera el dominio se requiere que sea hecha por el dueño de la cosa, ó su procurador, y que haya título hábil para transferir aquel, como venta, permuta, dote ú otro semejante; aunque advertimos que en la venta no se transfiere el dominio por la tradicion, si no se paga el precio, á menos que el comprador dé fianza, prenda, ó plazo [4]. En las cosas incorporales, como las

[1] LL. 6, 7 y 8 tit. 30. P. 3.
[2] L. 6 cit. vers. *empero si un home.*
[3] L. 47 tit. 28 P. 3.
[4] L. 46 del mismo.

servidumbres, y otros derechos, no hay una tradicion real, sino solo una cuasi tradicion, que consiste en el uso que hace el uno, y el consentimiento del otro (1). Las monedas y otras cosas que en algunas solemnidades se arrojan al pueblo, se hacen del que las toma por una especie de tradicion fingida (2).

TITULO II.

De las prescripciones y de la posesion.

Tit. 29 P. 3 y 15 lib. 4 de la R. ó 8 lib. 11 de la N.

1. Qué es prescripcion.
2. Sus requisitos.
3. Del justo título.
4. De la buena fe.
5. Del tiempo prefijado.
6. Del tiempo que se necesita en las varias prescripciones.
7. Del necesario para ganar la posesion.
8. De la capacidad necesaria para la prescripcion.
9. De la posesion continua.
10. Qué se requiere para adquirir la posesion.
11. Quiénes y para quiénes pueden ganar la posesion
12. Cómo se pierde.
13. Cuándo se reputa interrumpida para la prescripcion.

1. Entre los modos de adquirir el dominio introducidos por el derecho civil,

[1] L. 1 tit. 30 P. 3.
[2] L. 48 tit. 28 P. 3. Alvarez se inclina á que es-

el mas célebre es el que las leyes romanas, y tambien las patrias (1) llaman *usucapion*, y hoy en dia mas comunmente prescripcion, que es la *adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*, ó en otros términos: el derecho que nace de la posesion no interrumpida de la cosa por el tiempo que las leyes prefijan (2). Cuando hemos dicho que la prescripcion está introducida por derecho civil, no hemos intentado contradecir la opinion que sostiene que es de derecho natural (3), sino puramente advertir que entre nosotros está determinada por la ley civil que le ha señalado las condiciones y fijado los términos en que debe surtir sus efectos. Tampoco es de nuestro objeto hacer la apología de una institucion reconocida generalmente por útil, y adoptada como tal para poner coto á los litigios, á pesar de la apariencia de injusticia con que á primera vista se presenta.

ta adquisicion se hace mas bien por ocupacion que por tradicion, que no puede hacerse á persona incierta. § 7 del tit. 1 del lib. 2.

[1] El tit. 15 del lib. 4 de la R. ó 8 del lib. 11 de la N.

[2] Modestin. ff. ley 3 de usucap. et usurpat.

[3] Vattel. Derecho de gentes lib. 2 cap. 11.

2. Las condiciones ó requisitos para la prescripcion son cinco, á saber: I. Justo título. II. Buena fe. III. Tiempo prefijado. IV. Capacidad en el que prescribe, y en la cosa para ser prescripta, y V. Posesion no interrumpida.

3. I. El justo título es una causa tal para poseer la cosa, que sea bastante á transferir su dominio; de manera, que si la cosa se posee con justo título, pero no hábil para transferir el dominio, no produce prescripcion, como sucede en el que tiene una cosa en arrendamiento, que en ningun tiempo la prescribe, porque la locacion no es título traslativo de dominio. Para la completa inteligencia de esta materia es necesario explicar las diversas maneras de los títulos. Estos pueden ser verdaderos ó no verdaderos. El verdadero excluye la necesidad de la prescripcion, pues por sí solo basta. El no verdadero puede ser *putativo, colorado y presunto. Putativo* se dice, cuando se juzga que hay título, no habiéndolo hábil, como en el que cree que posee por donacion, lo que solo tiene en préstamo. *Colorado* es el que tiene apariencia de título, pero no la fuerza de tal, como el que ha comprado la cosa del que

no es su dueño, aunque lo cree tal. *Presunto* es el que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. El verdadero no se requiere en ninguna prescripcion; para la ordinaria de tres, diez ó veinte años se requiere el colorado (1); para la de mas tiempo basta el presunto, segun el derecho civil (2), y el putativo para solo la servidumbre (3). Es pues necesario que el título exista real y verdaderamente, y no basta que se crea que lo hay, á menos que esta creencia se funde en hecho ageno, que no le es imputable, como por ejemplo, si hubiese dado órden á su agente ó procurador para que comprase alguna cosa, y este la entregase como comprada no siéndolo; en cuyo caso habria lugar á la prescripcion (4).

4. II. La buena fe consiste en el juicio que el poseedor forma de ser dueño de la cosa, ó de haberla adquirido del que lo era (5). El derecho de las Partidas (6) imi-

[1] Argum. de la ley 9 tit. 29 P. 3.
[2] LL. 21, 23 y 27 tit. 29 P. 3.
[3] L. 14 del mismo.
[4] LL. 14 y 15 del mismo.
[5] L. 9 del mismo.
[6] L. 12. del mismo.

sirvientes por sus salarios, contándose desde el dia en que fueron despedidos: las de los boticarios, joyeros y oficiales mecánicos, especieros, confiteros, y tenderos de comestibles [1] y las de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda antes de los tres años (2) no pudiendo renunciarse esta disposicion, ni obstando su renuncia si se hiciere. 3.° En diez años se ganan los bienes raices entre presentes [3], y se pierde el derecho de ejecutar por obligacion personal (4). 4.° En veinte se adquieren los bienes raices entre ausentes (5), entendiéndose por ausente el que está fuera de la provincia, y si solo parte del tiempo estuviere fuera, ésta se arreglará como ausente, y la otra como presente (6), y se prescribe la accion personal y ejecutoria

[1] L. 9 tit. 15 lib. 4 de la R. *ó* 10 tit. 11 lib. 10 de la N.
[2] L. 32 tit. 16 lib. 2 de la R. *ó* 9 tit. 11 lib. 10 de la N.
[3] L. 18 tit. 29 P. 3.
[4] L. 6 tit. 15 lib. 4 de la R. *ó* 5 tit. 8 lib. 11 de la N.
[5] L. 18 tit. 29 P. 3.
[6] L. 20 tit. y P. cit.

dada sobre ella (1). 5.º En treinta años se prescribe la cosa, segun el derecho de las Partidas, con mala fe; sobre lo cual, ademas de lo que hemos notado en el núm. 4 sobre la disposicion del derecho canónico, que los intérpretes dicen estar adoptada generalmente, deben advertirse otras del derecho pátrio; tales son la de que si la enagenacion se hace por el que no puede, pero sabiéndolo y callando el dueño de la cosa, no se requieren para su prescripcion treinta años, sino que bastan veinte entre ausentes, y diez entre presentes (2); la otra disposicion digna de notarse es, que si alguno quita la cosa al que la posee de mala fe, este no puede demandar la posesion, si no es que se la robasen, ó se quisiere quedar con ella otro á quien se la hubiese prestado ó empeñado, ó en el caso de que el juez se la mandase quitar por no haber contestado á la citacion; pues entonces, si dentro de un año comparece y responde, se le devolverá pagando las costas; mas el que posee de buena fe puede demandar la posesion aun

(1) L. 6 tit. 15 lib. 4 de la R. *ó* 5 tit. 8 lib. 11 de de la N.
(2) L. 19 tit. 29 P. 3.

cuando la cosa se le quite por su verdadero dueño, no estando corrido el tiempo necesario para prescribirla (1). En este término de treinta años se pierden las acciones hipotecaria y mixta de real y personal (2), y tambien la puramente real, conforme á la ley de Partida (3) que se reputa en todo su vigor, por no hablarse nada de esta en la de la Recopilacion; aunque Antonio Gomez advierte, que la doctrina de la ley 63 de Toro, que es la misma citada de la Recopilacion, debe entenderse de las acciones mixta y puramente real, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio concluido el tiempo necesario y cesa toda accion contra él. 6.° En cuarenta años se prescriben los bienes raices de las Iglesias, pues para los muebles bastan tres, como en todos los de su especie; tambien los bienes de ciudad, ó villa, que no son de uso comun, como viñas, navios, y otros, aunque de estos se puede pedir la restitucion *in integrum*, mas los públicos

(1) L. 21 tit. 29 P. 3.
(2) L. 6 t. 15 lib. 4 de la R. ó 5 t. 8 lib. 11 de la N.
(3) L. 21 tit. y P. cit

como plazas ó ejidos son imprescriptibles (1), y por último el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo, ó su heredero, ú otro á quien el mismo la hubiese obligado otra vez (2). La prescripcion de cien años, y la de tiempo inmemorial casi no tienen lugar, pues por la primera se adquieren los bienes raices de la Iglesia de Roma (3), y por la segunda el señorio de los lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, lo que ciertamente es falso entre nosotros.

7. Los términos y plazos de tiempo que acabamos de notar son necesarios para la adquisicion del dominio de las cosas; mas para ganar la posesion de ellas basta tenerlas un año y un dia con título y buena fe, en paz y faz del que la demanda, y con estos requisitos no está obligado el poseedor á responder sobre la posesion (4).

8. IV. El cuarto requisito para la prescripcion es la capacidad en el que prescri-

(1) L. 7 tit. 29 P. 3.

(2) L. 27 tit. y P. cit. y ley 6 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 5 tit. 8 lib. 11 de la N.

(3) L. 26 tit. 29 P. 3.

(4) L. 3 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 3 tit. 8 lib. 11 de la N.

be, y en la cosa para ser prescripta. De la capacidad de la persona hablaremos en el siguiente, que es la posesion, y aquí solo explicarémos qué cosas no pueden ser prescriptas. 1.° Las que se llaman de derecho divino, sagradas, santas y religiosas, y el hombre libre (1). 2.° Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de los lugares que son del uso comun de los vecinos (2). 3.° Las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fe no solo por el ladron (3), sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan varios autores (4). 4.° Las de los menores de edad, las de los hijos que están en la pátria potestad, y las dotales, si no es que siendo pródigo el marido, la muger callase y no le pidiese la restitucion de su dote (5); debiendo entenderse toda esta doctrina de la dote inestimada, pues siendo estimada ya no son dotales las cosas que se dieron, en cuyo lugar

[1] LL. 6 y 24 tit. 29 P. 3.
[2] L. 7 tit. y P. cit.
[3] LL. 4 tit. y P. cit y 5 tit. 15 lib. 4 de la R ó 2 tit. 8 lib. 11 de la N.
[4] Vela Disert. 48 n. 45 Covar. in regula Possesor. y Molina de primogen. lib. 2 cap. 6.
[5] L. 8 tit. 29 P. 3.

se subrogó el precio, como hemos visto en el núm. 2 del título 5 del libro 1.º y en órden á las cosas de los menores explicamos en el núm. 2 del título 8 del mismo libro cuales corren y cuales no. 5.º El sumo imperio, ni la jurisdiccion civil ó criminal, lo mismo que los pechos, tributos y alcabalas (1), pues aunque conforme á la ley (2) podia prescribirse la posesion inmemorial, el señorio de los lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, con tal que no fuese la suprema (3), esto no cabe en un sistema de gobierno libre en el que los pueblos no son el patrimonio de ninguno. 6.º Por último, no se prescribe la accion que tiene un comunero de alguna herencia, ó de cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé la parte que le corresponda por el otro ú otros que la posean indivisa, sea por el tiempo que fuere (4); cuya re-

(1) LL. 6 tit. y P. cit. y 1 y 2 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 4 y 9 tit. 8 lib. 11 de la N.

(2) L. 1 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 4 tit. 8 lib. 11 de la N.

(3) L. 1 tit. 7 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 17 lib. 10 de la N.

(4) L. 5 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 2 tit. 8 lib. 11 de la N.

solucion parece fundada en que el que posee lo hace á nombre de todos los comuneros, y asi no puede perjudicarles su posesion, que es de todos.

9. V. El último requisito para la prescripcion es la continua posesion. Esta es la *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento* [1]. Se llama *derecha*, esto es legal, que procede de título que por su naturaleza sea translativo de dominio (2), á fin de distinguirla de la nuda detencion de la cosa que no está apoyada en las leyes, para que ninguno pueda quitarla por su sola voluntad. La posesion legal puede ser natural ó civil; la primera es la que se tiene corporalmente, como la del dueño de una casa cuando la habita, y la segunda es la que se tiene por la voluntad, como la del mismo cuando sale de ella, pero no con ánimo de desampararla (3).

10. Para adquirir la posesion se requiere la voluntad ó intencion de ganarla, y la ocupacion corporal de la cosa hecha por sí mismo ó por otro en su nom-

(1) L. 1 tit. 30 P. 3.
(2) L. 11 tit. y P. cit.
(3) L. 2 del mismo.

bre; de manera que faltando una de estas dos circunstancias no se adquiere; mas la ocupacion puede verificarse no solo por tradicion natural, sino tambien por la ficticia ó simbólica, en los términos que explicamos en el núm. 35 del tit. 1.° de este libro. Por cuanto no ocupan en su nombre los arrendatarios las cosas que toman arrendadas, sino en el de los arrendadores, no ganan la posesion, ni pueden adquirir el dominio (1); lo mismo que los comodatarios, depositarios y otros semejantes. Los que ocupan la cosa por fuerza ó por robo, aunque la ocupan á su nombre, como su tenencia no es derecha, tampoco ganan posesion (2); mas el feudatario de algun heredamiento, ó el que lo tenga en usufructo ó á censo, si se apoderan de él, dice la ley (3) que ganan su posesion; pero Gregorio Lopez (4) la explica de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo. Con respecto á las cosas incorporales, como las servidumbres, aunque

[1] LL. 22 tit. 29 y 5 tit. 30 P. 3.
[2] L. 10 tit. 30 P. 3.
[3] L. 5 tit. y P. cit.
[4] Gregor. Lop. glos. 2 de la l. 5.

no pueden ocuparse rigorosamente, sin embargo el uso y el consentimiento, asi como segun hemos dicho, hacen la cuasi tradicion de ellas, asi tambien son á manera de posesion (1) que Gregorio Lopez llama *cuasi posesion* (2), y equivalen á la ocupacion.

11. Puede ganarse la posesion por todo hombre de sano juicio no solo por su persona, sino por su hijo ó por su apoderado. Si el hijo la gana por sí ó á su nombre, la adquirirá para su padre, por el usufructo que le compete, menos si es cosa perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense (3). La pueden ganar igualmente los tutores ó curadores para los huérfanos ó menores que tuvieren en su guarda; y tambien el síndico del comun de algun pueblo ó ciudad para el mismo comun, como si todos se hubiesen apoderado de la cosa (4).

12. La posesion se pierde en los bienes raices: 1.° si el poseedor es arrojado de ellos por fuerza: 2.° si estando au-

[1] L. 1 tit. 30 P. 3.
[2] Gregor. Lop. glos. 4 de ella.
[3] L. 3 tit. 30 P. 3.
[4] L. 4 del mismo.

sente se los usurpa otro, y le impide la entrada, y 3.° si sabiendo que se apoderan de sus bienes, no ocurre á impedirlo por el temor de una violencia [1]; y aunque la ley dice hablando de la pérdida de la posesion, *non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, esto se entiende de la pérdida causada por la fuerza que se hace ó teme, pues hay otros modos que en general se reducen á éste: *siempre que la cosa se reduce á tal estado que no puede tenerse corporalmente, ni con la voluntad.* Asi se pierde la posesion de las tierras, que son inundadas por mar ó rio (2), mientras lo están (3). Se pierde tambien si el arrendatario pone en posesion á otro de la cosa que tenia arrendada con la intencion de que la pierda el dueño, ó si es arrojado de ella por fuerza; mas si él la desampara, aunque sea maliciosamente, para que otro se apodere de ella, no se pierde (4). En los bienes muebles se puede perder, aun sin saberlo, como sucede

(1) L. 17 tit. 30 P. 3.
(2) L. 14 de id.
(3) L. 32 tit. 28 P. 3.
(4) L. 13 tit. 30 P. 3.

en los robados, y sabiéndolo, en los que son abandonados por su dueño con ánimo de no poseerlos mas (1), y tambien en los que se caen en el mar ó en algun rio (2), pero de modo que no sea fácil recobrarlos, de la misma manera que sucede en la fuga de los animales feroces que se habian cogido, aunque con la diferencia de que en estos se pierde hasta el dominio, y en los muebles no, pudiéndose demandar de cualquiera que los hallare (3). De los modos de recobrar, retener y adquirir la posesion en juicio tratarémos en el libro 3.°

13. Explicada la naturaleza y circunstancias de la posesion, resta solo aplicarla á la prescripcion. Para que la cause, debe ser derecha en los términos que hemos explicado, y ademas continua por todo el tiempo que segun la naturaleza de la cosa de que se trate hayan fijado las leyes (4); de manera que si llega á interrumpirse, ya sea naturalmente porque la pier-

(1) L. 12 tit. 30 P. 3.
(2) L. 14 del mismo.
(3) LL. 19 tit. 28 y 14 y 18 tit. 30 P. 3.
(4) LL. 9 tit. 29 P. 3 y 7 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 6 tit. 8 lib. 11 de la N.

da el que la estaba prescribiendo, ó ya civilmente porque se le emplace ó ponga demanda, de nada aprovecha el tiempo corrido, y debe empezarse á contar de nuevo (1). La posesion se interrumpe no solo por demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa con protesta de que solo por impedimento no se demanda en juicio (2), y si el poseedor fuere huérfano, por interpelacion hecha ante su tutor (3). Tambien se interrumpe la de los amos respecto del salario de sus criados por los reclamos que éstos les hicieren en el curso de los tres años (4), sobre lo cual disputan los intérpretes, si es porque el reclamo extrajudicial interrumpe la posesion, ó porque destruye la buena fe, como se puede ver en Vela, Carleval, Acevedo y Silva. Por leyes posteriores (5) se derogó todo privilegio y fuero, excepto

(1) LL. 9 tit. 29 P. 3 y 7 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 6 tit. 8 lib. 11 de la N.
(2) L. 30 tit. 29 P. 3.
(3) La misma y la 29 anterior.
(4) L. 9 tit. 15 lib. 4 de la R. ó 10 tit. 11 lib. 10 de la N.
(5) LL. 12 y 13 del tit. 11 lib. 10 de la N.

el militar, para que los artesanos, menestrales y sirvientes, puedan ocurrir á los jueces ordinarios por el cobro de cuanto se les deba, y se mandó que desde el dia de la interpelacion judicial corra á favor de los primeros y segundos el interes de 6 por 100, y de 3 respecto de los sirvientes á quienes se hayan detenido los salarios. Mas no se interrumpe la posesion, cuando la cosa pasa de un poseedor á otro, sino que se continúa; de manera que al tiempo en que poseyó el antecesor se une el del sucesor, con tal que haya buena fe (1), y esta doctrina se extiende al caso en que poseyéndose una cosa agena, se empeñe, y dé al acreedor en prenda, pues el tiempo que éste la retenga corre á favor del que se la empeñó.

TITULO III.

De las Servidumbres reales y personales.

Tit. 31 P. 3.

(1) L. 16 tit. 29 P. 3.

1. La segunda especie de derecho en la cosa es la servidumbre, que es el *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades agenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Es de dos maneras: *real*, que es cuando una cosa agena sirve á la de otro, y siendo entre casas se llama *urbana*, que entre heredades *rústica;* y *personal*, cuando la cosa agena sirve á la persona y no á sus cosas, y de éstas son tres las especies, á saber: *usufructo*, *uso* y *habitacion.* En el uso comun por servidumbre se entienden las reales, que suelen llamarse tambien *prediales*, porque se constituye entre dos predios, de los cuales se llama dominante aquel á cuyo favor es la servidumbre, y sirviente el que la sufre.

2 Las servidumbres urbanas son: 1.° El derecho de cargar sobre la casa del vecino. 2.° El de horadar la pared para introducir viga. 3.° El de poner ventana que dé luz á la casa. 4.° El de hacer caer á la casa del vecino la agua llovediza que se recoge en el techo de la propia por canal, caño, ó de otra manera. 5.° El de impedir al vecino que levante su casa de modo que embarace la vista, ó quite la luz á la propia. 6.° El derecho de entrar por la casa ó corral del vecino á la propia (1). Con respecto á la primera y segunda los intérpretes del derecho romano establecieron la diferencia de que en la segunda no tiene obligacion el dueño del predio sirviente de reparar la pared que sostiene la viga, y en la primera sí la tiene respecto del pilar ó columna que sostiene el peso, y esta diferencia la adopta Gregorio Lopez (2) ponderando su utilidad. Aun hay otras servidumbres urbanas segun lo expresa la misma ley cuando despues de las referidas dice: *ó alguna otra semejante de és-*

(1) L. 2 tit. 31 P. 3.
(2) Gregor. Lop. Glos. 2 de ella.

tas que sea á pro de los edificios; pero son de menos importancia.

8. Las rústicas mas comunes son 1.ª *Senda*, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro á pie ó á caballo, solo ó con otros, pero de modo que vayan uno tras otro. 2.ª *Carrera*, que es el derecho de llevar carretas ó bestias cargadas, á lo que no se extiende la senda. 3.ª *Via*, que es el derecho de pasar por la heredad agena llevando carretas y todo lo que fuere necesario. Esta deberá tener la anchura que hubiesen contratado las partes, y si no la señalaron deberá ser de ocho pies en terreno recto, y diez y seis donde tuviere vueltas (1). 4.ª *Acueducto*, que es el derecho de pasar la agua por la heredad agena para la propia. En ésta es obligacion del dueño del predio dominante guardar y conservar el cauce, acequia, ó canal por donde corre el agua; pero de modo que no puede ensancharlo, alzarlo, ni causar daño al predio sirviente (2); y si el derecho fuere de tomar la agua de fuente que nazca en heredad age-

(1) L. 3 tit. 31 P. 3.
(2) L. 4 tit. y P. cit.

que consiste en el derecho de conducir el agua por la heredad agena, sino el agua ya conducida, en lo que no se grava ni perjudica al dueño del predio sirviente. Es ademas propiedad de las servidumbres ser individuas, esto es, que no pueden dividirse, y por consiguiente si fueren muchos los herederos, ya del predio dominante, ya del sirviente, se debe entera á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos (1).

6. De tres modos pueden constituirse las servidumbres (2), á saber: 1.° por contrato, ó concesion entre vivos; 2.° por testamento, ó última voluntad; 3.° por prescripcion, usando de ellas el tiempo determinado por la ley, que es diferente segun la clase de servidumbre, pues hay unas que se llaman *continuas* y otras *discontinuas*. Continuas son aquellas de que usamos cada dia, como las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas; y discontinuas las que no usamos diariamente sino de tiempo en tiempo, como las tres primeras de las rústicas (3);

(1) LL. 9 y 18 tít. 31 P. 3.
(2) L. 14 tít. y P. cit.
(3) L. 15 del mismo.

la de llevar agua para regar suele llamarse á veces continua y á veces discontinua, segun que la agua se lleva diariamente ó en determinados tiempos. Las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las segundas por tiempo inmemorial (1); á menos que el que prescribe tenga justo título dimanado de algun tercero, pues entonces bastará el tiempo ordinario de diez ó veinte años (2). El tiempo para prescribir se empieza á contar desde que comienza el uso de la servidumbre, si ésta fuere afirmativa, como el derecho de poner viga en pared agena; y en las negativas desde que el prescribente prohibe al otro usar de su libertad, como prohibir al vecino que levante mas su casa (3), y asi es que para tener esta servidumbre por prescripcion es necesario que hayan corrido los diez ó veinte años, desde que el dueño del predio sirviente intentó usar de su libertad, y el del dominante se lo impidió. El uso

(1) L. 15 tit. 31 P. 3 y Greg. Lop. glos. 3 de ella.
(2) Gregor. Lop glos. 12 y Antonio Gomez 2 variar. cap. 15 n. 27 vers. *Advertendum.*
(3) Antonio Gomez en el lugar citado vers. *Item.*

de la servidumbre en el que trata de prescribir ha de ser continuo, con buena fe, sin fuerza ni ruego, y con ciencia del dueño del predio sirviente, la cual sirve de justo título, y de tradicion, y posesion el uso del dominante; mas sobre esto advierte Antonio Gomez (1), que el que pretenda aprovecharse de esta adquisicion debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. El mismo añade, que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso del tiempo legal sin necesidad de la ciencia del dueño, con cuya doctrina está conforme Gregorio Lopez (2); pues ambos autores adoptan en la materia las disposiciones del derecho romano á falta de las del patrio, aunque en consonancia con lo que éste establece sobre prescripcion de las cosas corporales (3).

7. Se pierden ó extinguen las servidumbres: 1.° por la confusion de los dominios, esto es, por hacerse de un mis-

[1] Gomez 2 var. cap. 15 n. 27 vers. *Servitus.*
[2] Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 15. tit. 31 P. 3.
[3] LL. 6, 9 y 18 tit. 29 P. 3.

mo dueño la cosa que sirve, y aquella á que sirve, porque el hombre no usa de sus cosas por via de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa (1); y se extingue de tal modo, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si no fuere puesta de nuevo (2); 2.° por la remision ó condonacion que hace el dueño del campo á quien se debe la servidumbre (3), bastando que esta remision sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la debe, hacer algo que impida su uso (4); 3.° por impedirse el uso de la servidumbre urbana á vista del que la tiene en diez años y veinte si estuviere ausente (5), mas con la circunstancia, de que el que la debe impida su uso con algun hecho á buena fe, como cerrar la ventana por donde entraba la luz; mas si fuere rústica se perderá, sin distincion de ser entre ausentes ó presentes, por el no uso inmemorial

(1) L. 13 tit. 31 P. 3.
(2) L. 17 del mismo.
(3) L. 17 citada.
(4) L. 19 del mismo.
(5) L. 16 del mismo.

sas que se consumen con el uso, como aceite, vino, trigo y demas semillas; pues aunque en ellas no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropiamente usufructo este uso, como tambien en los semovientes, como ovejas y otros ganados. *

10. El usufructo se constituye de los mismos modos que las servidumbres (1), y que hemos explicado en el núm. 6, y ademas en algunos casos por beneficio de la ley, cuando ésta manda que alguno tenga el usufructo en tales cosas agenas, como sucede en el padre respecto de los bienes adventicios del hijo que tiene en su potestad (2), y este usufructo, que se llama legal, concede al usufructuario otras prerogativas que no tienen los demas, siendo la principal que el hijo no puede enagenar estos bienes sin consentimiento del padre, con otras que refieren Gomez (3) y Castillo (4).

(1) LL. 14 y 20 tit. 31 P. 3.
(2) L. 15 tit. 17 P. 5.
(3) Gomez en la ley 6 de Toro nn. 11 y 12.
(4) Castillo de usufruc. cap. 3.

11. Los modos de acabarse el usufructo son varios: 1.° por la muerte natural del usufructuario (1), pues siendo servidumbre personal acaba con la persona á quien se debe; pero si se le deja á un pueblo ó ciudad, que es persona moral que nunca muere, si no se señaló tiempo, debe durar cien años (2), y pasados éstos vuelve la cosa al propietario, como tambien si durante este tiempo se despoblase enteramente, quedando yermo el sitio; mas si sus antiguos moradores ó parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que tenian á aquel usufructo (3). 2.° Cesa tambien por muerte civil, esto es, destierro perpetuo ó servidumbre. 3.° Por consolidacion, esto es, cuando el usufructuario llega á ser propietario de la cosa. 4.° Extinguida ó destruida la cosa, se extingue el usufructo que se tenia en ella. 5.° Por no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; mas no por el abuso, pues para este caso está asegurado el propietario con la fianza.

(1) L. 24 tit. 31 P. 3.
(2) La misma.
(3) L. 26 tit. y P. cit.

sas que se consumen con el uso, como aceite, vino, trigo y demas semillas; pues aunque en ellas no se verifica propiamente el usufructo, porque necesaria y cotidianamente han de consumirse, y de otro modo no puede usarlas el usufructuario, se llama impropiamente usufructo este uso, como tambien en los semovientes, como ovejas y otros ganados. *

10. El usufructo se constituye de los mismos modos que las servidumbres (1), y que hemos explicado en el núm. 6, y ademas en algunos casos por beneficio de la ley, cuando ésta manda que alguno tenga el usufructo en tales cosas agenas, como sucede en el padre respecto de los bienes adventicios del hijo que tiene en su potestad (2), y este usufructo, que se llama legal, concede al usufructuario otras prerogativas que no tienen los demas, siendo la principal que el hijo no puede enagenar estos bienes sin consentimiento del padre, con otras que refieren Gomez (3) y Castillo (4).

(1) LL. 14 y 20 tit. 31 P. 3.
(2) L. 15 tit. 17 P. 5.
(3) Gomez en la ley 6 de Toro nn. 11 y 12.
(4) Castillo de usufruc. cap. 3.

11. Los modos de acabarse el usufructo son varios: 1.° por la muerte natural del usufructuario (1), pues siendo servidumbre personal acaba con la persona á quien se debe; pero si se le deja á un pueblo ó ciudad, que es persona moral que nunca muere, si no se señaló tiempo, debe durar cien años (2), y pasados éstos vuelve la cosa al propietario, como tambien si durante este tiempo se despoblase enteramente, quedando yermo el sitio; mas si sus antiguos moradores ó parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que tenian á aquel usufructo (3). 2.° Cesa tambien por muerte civil, esto es, destierro perpetuo ó servidumbre. 3.° Por consolidacion, esto es, cuando el usufructuario llega á ser propietario de la cosa. 4.° Extinguida ó destruida la cosa, se extingue el usufructo que se tenia en ella. 5.° Por no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; mas no por el abuso, pues para este caso está asegurado el propietario con la fianza.

(1) L. 24 tit. 31 P. 3.
(2) La misma.
(3) L. 26 tit. y P. cit.

se llama habitacion, y es *el derecho de habitar en casa agena con la compañia que tuviere.* La habitacion es menos que el usufructo, y mas que el uso de la casa; pues el usufructuario puede aprovecharse de todas las comodidades dependientes de la casa, como tiendas, baños, jardines &c., y el habitador solo de las habitaciones; por el contrario el usuario solo tiene las habitaciones que necesite, y el habitador todas, de modo que puede alquilarlas ó darlas graciosamente á otros, con tal que hagan buena vecindad. La habitacion no se acaba sino por la muerte ó remision, y si se dejó para tiempo determinado, por la conclusion de éste (1).

14. Es tambien servidumbre personal la de las obras de los siervos, que es *el derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno.* Era de mas utilidad esta, que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede locarlas á otro, como puede

(1) L. 27 tit. 31 P. 3.

aquel á quien se ha otorgado la servidumbre de obras; mas esto no tiene ya lugar extinguida la esclavitud.

TITULO IV.

De los Testamentos.

Tit. 1. P. 6 y tit. 4 lib. 5. de la Recopilacion ó 18 del lib. 10 de la Novissima.

1. Qué es herencia, y como se adquiere.
2. Qué es testamento y sus especies.
3. Solemnidades que debe tener.
4 Testigos que se requieren para el abierto.
5. Cuantos se requieren para el cerrado.
6. Para el del ciego.
7. Para el de los indios.
8. No es necesario que los testigos sean rogados.
9. Personas inhábiles para ser testigos en ningun testamento.
10. Personas inhábiles para serlo en algunos.
*11. Papel en que debe extenderse el testamento.
12. Del testamento de los militares.
13. Quienes no pueden hacer testamento, y cuando puede el loco.
*14. Otras personas á quienes se prohibe hacer testamento.
*15. ¿Si pueden los extrangeros, y en que forma?
*16 Qué es codicilo y sus especies y solemnidades.
*17. Que cosas no se pueden hacer en codicilo.
18. Del poder para testar, y á qué se extiende.

1. Los modos civiles de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, sirven solo para la adquisicion de alguna cosa en particular, hay otro por el que los hombres pueden adquirir por un solo acto una coleccion de bienes, por lo que se llama universal, y este es la *herencia*, que se define *universal patrimonio de alguno con sus cargas*, ó mas bien: *la succesion en todos los derechos de un difunto*. Para adquirir una herencia es necesario que se defiera, y se admita. Se defiere en general por testamento, y á falta de este, á los que llama la ley por intestado [1].

2. El testamento dice la ley (2), *es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo facen,*

[1] L. 3 tit. 13 P. 6.
[2] L. 1 tit. 1 P. 6.

por dos razones. La una por que *en ellos muestran cual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos,* y lo define *un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en el su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte* (1). Es de dos maneras *solemne* y *privilegiado.* El solemne es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescriptas por el derecho para su firmeza, y cuya observancia obliga al comun de los hombres. El privilegiado es, el que por especial privilegio se considera válido aun cuando carezca de aquellos requisitos, tal es el de los militares. El solemne puede otorgarse de dos modos, y por esto se divide en *nuncupativo* ó *abierto,* que es el que contiene la voluntad del testador manifestada por él al escribano y testigos que asistieron á su otorgamiento, y *escrito,* ó *cerrado,* que es en el que se contiene la voluntad del que lo otorgó, pero

(1) L. 1. tit. 1 P. 6.

ignorándose cual sea, y constando solo estar allí contenida por la declaracion del otorgante [1]. Cada uno de estos tiene sus solemnidades particulares que vamos á referir conforme á las leyes de la Recopilacion [2], que varian en parte las establecidas en las de Partida (3).

3.* Las solemnidades del derecho son tres, á saber: unidad de contesto, presencia de testigos, y papel del sello correspondiente. La unidad de contesto consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los testigos, ó con otro; pero no se opone á ella la interrupcion del acto de testar ó por accidentes del testador, ó por ocupaciones de los testigos.*

4. La segunda solemnidad es la presencia de estos. Para el testamento abierto se requieren tres, por lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, y otorgándose este ante escribano público. Si faltare este, deben asistir cinco tes-

(1) LL. 1 tit. 1 P. 6. y 1 y 2 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 1 y 2 tit. 18 lib. 10 de la N.
(2) Citadas en el núm. 1.
(3) LL. 2 y 3 tit. 1 P. 6.

tigos vecinos del lugar, y si no pudieren ser habidos, bastarán tres. Si el testamento se hiciere ante siete testigos, valdrá aunque estos no sean vecinos, ni pase ante escribano (1), pues el número suple el defecto de vecindad, y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que requiere el derecho; y aunque Antonio Gomez (2) es de opinion que bastan tres testigos sin escribano, pudiendo haberle, y Covarrubias (3) que bastan dos testigos con escribano, cuando facilmente no pueden hallarse mas: una y otra opinion nos parece infundada, como hemos demostrado en otra parte (4).

5. Para el testamento cerrado deben intervenir, no á verlo otorgar, sino á la declaracion que haga el testador de contenerse en él su última voluntad, siete testigos y un escribano, debiendo firmar en la cubierta el testador con los testigos y el

(1) L. 1. tit. 4 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 18 lib. 10 de la N.
(2) Anton. Gom en la l. 3 de Toro n. 47.
(3) Covar. cap. 10 de testam. n. 3.
(4) Instituciones Romano-Hispanas lib. 2 tit. 10 § 14 n. 6.

escribano (1) que debia ademas sellarlo (2), aunque esto no está en observancia [3]; y si alguno de los testigos no supiere firmar lo hará otro por él, de manera que resulten ocho firmas y el signo del escribano.

6. Para el testamento del ciego se requieren cinco testigos (4); mas estos en opinion de Acevedo (5) no es necesario que sean vecinos del lugar, ni tampoco que intervenga escribano, aunque sobre esto opina lo contrario Antonio Gomez (6); debiendo advertirse que el testamento debe ser abierto, pues como asientan Gregorio Lopez (7), Acevedo (8) y el mismo Gomez no se puede otorgar cerrado por el ciego.

(1) L. 2. tit. 4 lib. 5 de la R. ó 2 tit. 18 lib. 10 de la N.
(2) L. 2. tit. 1 P. 6
(3) Tapia Febrero Novissimo lib. 2 tit. 2 cap. 1 n. 11.
(4) L. 2 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 2 tit. 18 lib. 10 de la N.
(5) Acevedo en d. l. 2 n. 25 y siguientes.
(6) Gomez sobre la l. 3 de Toro n. 52.
(7) Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3 tit. 12 P. 6.
(8) Gomez en d. l. 3 de Toro n. 51 y Acevedo en la l. 2 n. 25.

7.* Algunos autores (1) asientan, que para el testamento de los naturales que se llamaban indios bastan dos testigos hombres ó mugeres, y aunque no asista escribano; mas esta doctrina no está apoyada en ninguna resolucion legal; pues aun las que se citan en las adiciones hechas á esta obra en el año de 1807 no hablan del número de testigos necesario para el valor de estos testamentos, sino solo de la libertad en que se les debe dejar para disponer de sus cosas, como puede verse en las leyes citadas (2).*

8. Esta solemnidad de los testigos se ha de guardar no solo en los testamentos que se hacen entre extraños, sino tambien en los que hacen los padres entre sus hijos, ó descendientes legítimos, sean abiertos ó cerrados; y tambien en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Antonio Gomez (3). Mas ni en los cerrados, ni en los abiertos es necesario que los testigos sean rogados, porque las leyes citadas de la Recopilacion no ha-

(1) Montenegro lib. 1 tr. 11 sect. 3.
(2) LL. 9 tit. 13 lib. 1 y 32 tit. 1 lib. 6 de la R. de Indias.
(3) Gomez sobre la l. 3 de Toro n. 48.

cen mencion de esta circunstancia, que se exigia por el derecho de las Partidas, y asi lo asienta Antonio Gomez (1) contra Acevedo que defiende lo contrario (2).

9. En el núm. 4 hemos dicho que los testigos deben tener las calidades que el derecho requiere. Estas son mas bien negativas que positivas, esto es, que no sean de los excluidos por la ley para ser testigos en testamento. Están excluidos (3) los que han sido condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores, ú otros delitos semejantes, comprendiéndose en esta prohibicion, segun Gregorio Lopez (4) todos los infames con infamia de derecho, de que hablaremos en otra parte (5); los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la Iglesia: las mugeres: los menores de catorce años: los locos durante su locura: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes:

[1] Gomez sobre la l. 3 de Toro n. 29.
[2] Acevedo sobre la l. 1 del tit. 4 lib. 5 n. 48 y sig.
[3] L. 9 tit. 1 P. 6.
[4] Greg. Lop. glosa 2 de ella.
[5] Lib. 2 tit. 27.

los mudos: los sordos: los ciegos: los hermafroditas en quienes no predomine el sexo varonil, y por último los esclavos; aunque si alguno reputado por libre interviniere como testigo en algun testamento, y luego se aclarare que es esclavo, no por esto se habrá de anular.

10. La inhabilidad de los que acabamos de mencionar es general para todos los casos. Hay otros que solo la tienen respectiva para algunos. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes (1); como tampoco el que fuere nombrado heredero, ni sus parientes hasta el cuarto grado respecto del testamento en que se le instituya (2); mas los legatarios y fideicomisarios particulares bien pueden serlo en aquellos en que se les dejan las mandas (3).

11. * La tercera solemnidad es que se extiendan en papel del sello correspondiente. En los testamentos abiertos el primer pliego debe ser del sello segundo,

[1] L. 14 tit. 16 P. 3.
[2] L. 11 tit. 1 P. 6.
[3] La misma.

y los demas del tercero (1), y las cópias que de ellos se dieren, serán la primera hoja del sello segundo, y las demas del comun (2), y si los herederos no fueren ascendientes ó descendientes, sino colaterales ó extraños, se usará precisamente del sello primero (3). En los de los notoriamente pobres se usará del sello cuarto (4). Los testamentos cerrados se escribirán en su totalidad en papel del sello cuarto, y las copias y testimonios que pidieren las partes en los mismos términos que se ha dicho para los abiertos (5); pero si el testador lo escribiere en papel comun valdrá, con tal que despues de abierto saque el escribano cópia en papel del sello cuarto, y testificada la ponga en el registro con el original; mas la cubierta con que se cierre debe ser siempre del sello tercero.*

12. Hemos dicho que el testamento privilegiado es el que no necesita para

(1) L. 18 tit. 23 lib. 8 de la R. de Indias.
(2) La misma.
(3) L. de 6 de octubre de 1823 cap. 2 art. 5.
(4) La misma art. 9 del mismo cap.
(5) L. 11 tit. 24 lib. 10 de la N. que es la cédula de 23 de julio de 1794.

su valor de las solemnidades del derecho, y que tal es el militar ó de los soldados. Estos por leyes de las Partidas hallándose en campaña podian hacer su testamento ante dos testigos; pero si habia peligro de muerte por cualquier evento de la guerra, podian hacerlo del modo que pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiendolo con su sangre en el escudo, ó en las armas, ó en donde les pareciera, con tal que se pudiera probar con dos testigos presenciales (1). Mas por la ordenanza del ejército (2) se dió mayor extension á este privilegio, previniéndose: que en el conflicto de un combate, ó próximo á entrar en él, en naufragio, ó en cualquier otro riesgo militar, pueda testar todo el que goce del fuero de guerra como quisiere, ó pudiere, por escrito sin testigos con tal que conste ser letra suya, ó de palabra ante dos testigos que depongan contestes haberles manifestado su voluntad (3); y que será válida la disposicion del militar escrita en cualquier papel, sea en guarnicion, cuartel, ó marcha; pero que siempre que

[1] L. 4 tit. 1 P. 6.
[2] Orden. trat. 8 tit. 11 art. 1.
[3] Art. 2 y 3 del mismo tit.

puedan testar ante escribano lo hagan segun costumbre (1). Posteriormente se expidió la cédula de 24 de octubre de 1778 (2), en la que se declara que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de su privilegio otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las formalidades y claúsulas de estilo. Por esta declaracion no solo los soldados, sino todos los que gozan del fuero militar pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De manera que no son necesarios, en opinion de algunos, los dos testigos que por la ordenanza se requerian, respecto á no mencionarse solemnidad alguna; aunque otros opinan que sí, por no derogarse expresamente en esta cédula el artículo de la ordenanza. Mas si el militar otorgare su testamento ante escribano, debe hacerlo con todas las solemnidades que previene el derecho; pues se supone que no usa del privilegio de su fuero.

[1] Orden. trat. 8 tit. 11 art. 4.
[2] L. 8 tit. 18 lib. 10 de la N.

13. Pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido expresamente, y lo está 1.° á los locos (1), * aunque vale el que hicieron antes de su demencia, y tambien el que hagan en los lucidos interválos si los tienen, si no les sobreviene el acceso antes de perfeccionarlo; pues entonces es nulo, debiendo probarse esto con el escribano y testigos instrumentales (2). Para proceder al testamento de un demente deberá presentarse al juez su hijo ó deudo, explicándole la enfermedad (de que tiene interrupciones) y pidiéndole autorice al escribano para que en alguna de ellas explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano, que declararán préviamente sobre su capacidad Obtenida la facultad del juez, practicarán su reconocimiento los facultativos, cuya calificacion se extenderá á continuacion de la providencia judicial, y antes de cualquiera otra claúsula, y resultando de ella la capacidad del enfermo, procederá el escribano á presencia de los testigos á inquirir so-

(1) L. 13 tit. 1 P. 6.
(2) La misma.

bre su última voluntad, haciéndole las preguntas conducentes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de su aptitud. Si el testador supiere y pudiere firmar lo hará: y si no los testigos y el escribano; y hecho todo se presentará al juez para su mayor validacion (1).* 2.° al pródigo á quien se haya quitado judicialmente la administracion de sus bienes (2). 3.° á los que no han llegado á la pubertad, esto es, á los varones menores de catorce años; y mugeres de doce (3): pues teniendo esta edad pneden testar sin licencia de sus ascendientes, y aunque estén en la pátria potestad (4), y disponer libremente del tercio de sus bienes adventicios, castrenses, y cuasi castrenses. 4.° á los sordomudos de nacimiento; pues si lo fueren por enfermedad, ó supieren escribir, podrán hacerlo publicándolo á presencia del escribano y testigos (5). Por el derecho de las

(1) Tapia Febrero Novissimo lib. 2 tit. 2 cap. 26 n. 17.
(2) L. 13 tit 1 P. 6.
(3) La misma.
(4) L. 4 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 4 tit. 18 lib. 10 de la N.
(5) L. 13 tit. 1 P. 6.

Partidas estaba prohibido tambien á los condenados á muerte y deportacion; mas se alzó la prohibicion por disposicion posterior (1), y mucho mas por estar abolida (2) la pena de confiscacion de bienes, que era consiguiente á aquella condenacion: tambien les estaba prohibido á los esclavos; pero permitiéndoseles tener peculio, (3) se infiere que pueden disponer de él.

14. * Ademas de los mencionados hay otros á quienes *se* prohibe hacer testamento. Tales son los obispos, á quienes se prohibe testar de los bienes adquiridos por el obispado; aunque se les permite hacer en vida donaciones de ellos á sus parientes, amigos y criados (4), y los religiosos profesos de uno y otro sexo (5); si no es que obtengan autorizacion para ello de la silla apostólica, lo mismo que los obispos; mas por el artículo 8 del Concordato de 1753 se obligó la silla de Roma á no conceder esta licencia á ningun

(1) L. 3 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 3 tit. 18 lib. 10 de la N.
(2) Art. 147 sec. 7 tit. 5 de la constitucion federal.
(3) Cédula de 31 de mayo de 1783.
(4) L. 8 tit. 21 P. 1.
(5) La misma l. 8 y la 17 tit. 1 P. 6.

obispo. Aunque por derecho canónico se prohibe á los clérigos seculares disponer en testamento de los bienes adquiridos por razon de la iglesia, lo hacen por costumbre muy antigua, mandada observar por una ley recopilada (1) y por otra de la Recopilacion de Indias (2), y esta facultad de testar se extendió por declaracion del Consejo de 1786 (3) á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion.*

15.* Por lo que mira á los extrangeros, no se puede poner en duda el derecho que tienen para disponer por testamento de sus propiedades personales contra la antigua práctica, por la que se aplicaban al fisco los bienes que dejaban al morir, que refiere é impugna Vattel (4), cuyas observaciones sobre la materia nos parece conveniente extractar. Como el extrangero permanece ciudadano de su

(1) L. 13 tit. 8 lib. 5 de la R. *ó* 12 tit. 20 lib. 10 de la N.

(2) L. 6 tit. 12 lib. 1 de la R. de Indias.

(3) Citada por Tapia Febrero Novissimo lib. 2 tit. 2 cap. 26 n. 28.

(4) Vattel, Derecho de Gentes lib. 2 cap. 8 §§ CX, CXI y CXII.

pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais extraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que están situados. En cuanto á la forma ó solemnidades para justificar la verdad del acto del testamento, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá obligacion de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su pátria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte; porque si un viagero lo hace y envia válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es como si lo hubiera otorgado en él Con respecto á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de

los bienes muebles que el testador tenga en su pátria. Pero respecto de los bienes muebles que el testador tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extrangero ciudadano de su pátria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por tanto, un hombre que teste y muera en pais extrangero no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes que le señalen las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á mas; por lo que el testador estando fuera de éste no está sometido á ellas, ni los bienes que estén igualmente fuera del tal territorio. Asi el extrangero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa respecto de los bienes que en él posee.*

16.* El codicilo es *una disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento*, ó como dice la ley de Partida: *escritura breve que hacen algunos homes despues que son fechos sus testamentos ó antes.* Se distingue de los testamentos en que habiendo estos, no pueden succeder los herederos por intestado, y sí habiendo codicilo, como que puede preceder al testamento y morir el que lo hace intestado; y tambien en que el testamento exige necesariamente la institucion de heredero, y en el codicilo no se puede hacer. Unos son escritos ó cerrados, y otros abiertos ó nuncupativos: unos de testado, y otros de intestado. Por lo que hace á la solemnidad necesaria para su valor, la ley recopilada (1) previene que intervenga la misma que en los testamentos abiertos; pero esto debe entenderse de los codicilos abiertos, pues para los cerrados son necesarios cinco testigos que los firmen, como lo previno la ley de Partida (2), y prueban Gregorio

(1) L. 2 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 2 tit. 18 lib. 10 de la N.
(2) L. 3 tit. 12 P. 6.

Lopez (1) y Antonio Gomez (2). Se pueden hacer muchos codicilos, y todos valen no siendo contrarios (3).*

17.* Los que no pueden hacer testamento, tampoco pueden hacer codicilos, (4) y en ellos, como se ha dicho, no se puede hacer institucion directa de heredero (5); aunque siendo abiertos como que exigen las mismas solemnidades que los testamentos, valdrán como tales (6); tampoco producirá efecto alguno la desheredacion ó sustitucion hecha en ellos, ni la condicion que se ponga al heredero nombrado en testamento, á menos de que en este se haga referencia á la condicion del codicilo (7). Solo se puede pues, legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte, y especificar el delito cometido por el heredero instituido contra el testador por el que des-

(1) Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3 tit. 12 P. 6.
(2) Gomez en la l. 3 de Toro n. 69.
(3) L. 2 tit. 12 P. 3.
(4) L. 1 del mismo tit.
(5) L. 2. citada.
(6) Gregor. Lop. glos. 1 de esta l.
(7) Tapia Febrero Novissimo lib. 2 tit. 2 cap. 22 n. 2.

merece la herencia, y siéndole probado, queda destituido (1).*

18. Por nuestro derecho patrio se puede cometer á otro la facultad de hacer el testamento (2), y aquel á quien se comete se llama *comisario*, y el instrumento en que se le comete *poder para testar*. Este debe tener las mismas solemnidades que el testamento (3). El comisario no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio ó quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni hacer ninguna especie de substituciones, ni dar tutor á los pupilos, á menos que se le dé poder especial para ello, explicándolo así; y si es para instituir heredero, debe designarlo el que dá el poder en él (4). Si el poderdante no lo designa, ni da poder para ello al comisario, ni para alguna de las cosas dichas, sino solo para que haga testamento, no podrá el apoderado mas que pagar las deudas del testador, y aplicar

(1) L. 2 tit. 12 P. 6.
(2) LL. 5 á 13 tit. 4 lib. 5 de la R. *ó* las del tit. 19 lib. 10 de la N.
(3) L. 13. tit. 4 lib. 5 de la R. *ó* 8 tit. 19 lib. 10 de la N.
(4) L. 5 en la R. *ó* 1 en la N.

el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y el resto se entregará á los parientes que debieren heredar por intestado; y no habiéndolos, se entregará á la viuda lo que por derecho le corresponda, y lo demas lo aplicará en beneficio del alma (1).

19. El comisario debe usar del poder dentro de cuatro meses contados desde que se le dió, si estaba en el lugar: dentro de seis, si estaba fuera; y de un año si no estaba en la república, sin que pueda alegar ignorancia, porque estos términos corren contra el ignorante (2); aunque el testador puede, renunciando la ley 33 de Toro, prorogar estos plazos (3). Pasados estos términos sin haberse hecho el testamento, espira el poder, y los bienes todos pasan á los herederos por intestado; mas si el testador encargó al comisario determinadamente alguna cosa, y este la hiciere pasado el término, se reputará hecha durante el poder (4). Si el comisa-

[1] L. 8 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 4 tit. 19 lib. 10 de la N.
[2] L. 7 en la R. ó 3 en la N.
[3] La ley 7 ó 3 citada.
(4) Gomez la l. 33 de Toro y Matienzo en la l. 7 de la R. glos. 2 n. 3.

rio no hizo el testamento, deben entrar en los bienes de su poderdante los herederos por intestado, y no siendo ascendientes ó descendientes deberán aplicar la quinta parte á beneficio del alma del difunto; pudiendo, en caso de no hacerlo dentro de un año contado desde la muerte del testador, ser compelidos á ello por la justicia, y á pedimento de cualquiera del pueblo (1); y si son ascendientes ó descendientes deberán hacer lo conveniente atendida la calidad del difunto, la cantidad de la hacienda, y la costumbre del lugar (2).

20. Si el testador comenzó el testamento nombrando heredero, y despues nombró comisario para que lo acabara, este no podrá mas que disponer de la quinta parte de los bienes, despues de pagadas las deudas, si no es que el poder se extienda a mas (3); entendiéndose esto si los parientes son descendientes; pues siendo ascendientes podrá disponer del tercio (4).

[1] L. 10 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 13 tit. 20 lib. 10 de la N.
[2] Sanz. L. 4. cons. c. 1. 9. 18 n. 14.
[3] L. 11 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 6 tit. 19 lib. 10 de la N.
[4] Gomez en la ley 37 de Toro n. 2.

21 El comisario no puede revocar el testamento hecho por su poderdante ni en el todo, ni en parte sin poder especial para ello (1). Tampoco puede revocar el que él hubiere hecho en uso de su poder; ni despues de hecho añadirle codicilo, ni aun para causas piadosas, y esto aun cuando se hubiera reservado la facultad de hacerlo [2]. Si se nombran muchos comisarios para que colectivamente hagan el testamento no podrán hacerlo unos sin los otros; pero si alguno muere, ó requerido por los demas no quisiere concurrir, procederán los restantes, y no poniéndose todos de acuerdo en lo que haya de hacerse, se estará á lo que determine la mayor parte, y estando iguales, decidirá el juez del lugar; y siendo estos varios, el que elijan los comisarios, y no conviniéndose ni en esto, se escogerá por suerte (3); mas si el poder es para cada uno de los nombrados, á esto deberá estarse (4).

22. Muerto el testador que hubiese

[1] L. 8 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 4 tit. 20 lib. 10 de la N.
[2] L. 9 en la R. y 5 en la N.
[3] Gomez en la ley 38 de Toro.
[4] Carpio L. 3 cap. 2 n. 26.

otorgado testamento cerrado, pueden pedir que se abra el heredero nombrado, el legatario y el albacea, intentando que se declare firme aquella disposicion; ó el hijo preterido ó injustamente desheredado, y los herederos por intestado intentando que se declare nula: de modo que puede pedirlo cualquiera que tenga interes jurando que no lo hace maliciosamente (1) sino por la presuncion que tiene de ser interesado. Esta peticion debe hacerse al juez ordinario, y en ella expresarse haber fallecido el testador bajo de esa disposicion, y el juez dispondrá se traiga inmediatamente para abrirlo; y estando en otro lugar, señalará plazo al que lo tenga para que lo presente (2); y si fuere rebelde pagará al que lo demandare el legado que se le deje en el testamento, y el perjuicio que con su resistencia le causare. Antes de verificar la apertura, hará el juez que los testigos instrumentales reconozcan á su presencia sus firmas, la del testador y el pliego cerrado que contenga el testamento, y que depongan del fallecimiento del testador, porque lo hayan oido ó visto, y no

(1) L. 1 tit. 2 P. 6.
(2) L. 2 del mismo tit. y P.

sabiéndolo, lo certificará el escribano porque él lo haya visto, dando fe de la identidad, ó porque se lo hayan dicho en su y vecindad, pues antes de que se acredite el fallecimiento, no se puede proceder á la apertura.

23. Si han fallecido los testigos, ó están ausentes sin saberse donde, se rendirá informacion de ello, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian dar testimonio, y lo mismo de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si hubiere muerto; y si hubiere quien conozca sus firmas las reconocerá, ó se comprobarán. Mas si los testigos viven, pero no pueden ser habidos todos, bastará que concurra la mayor parte; y si ni esto se pudiere lograr, y el juez entendiere que de omitir la apertura resulta perjuicio á los interesados, podrá llamar hombres buenos, y ante ellos abrir el testamento, hacerlo copiar y leer, y firmándolo los hombres buenos volverlo á cerrar y guardar, para cuando se presenten los testigos instrumentales, y lo reconozcan en la forma prevenida. Si no se abriere ante el escribano que presen-

ció su otorgamiento, deberá reconocer su firma y signo. Hecho el reconocimiento por los testigos, y no estando el pliego raido ó borrado, ni siendo sospechoso por otro motivo, lo hará abrir el juez á presencia del escribano y testigos, y leyéndolo primero para sí, por si el testador previniere que alguna parte no se lea ó publique hasta cierto tiempo, en lo que deberá obsequiarse su voluntad (1), lo hará leer y publicar delante de todos, mandando sea reducido á escritura pública, á cuyo efecto se protocolará en los registros del escribano ante quien se abra, y á los interesados se darán los testimonios que pidieren, debiendo ser íntegros para los herederos, y á los demas de la cláusula que les competa con la cabeza y pie del testamento.

(1) LL. 5 y 6 tit. 2 P. 6.

TITULO V.

De la Institucion de heredero, sustituciones y desheredaciones.

Títulos 3, 4, 5, 6 y 7. P. 6.

1. Qué es institucion de herederos, y especies de éstos.
*2. Los descendientes son herederos forzosos.
3. Tambien lo son los ascendientes.
4. Quiénes se llaman necesarios, y voluntarios.
5. Capacidad del heredero, y tiempo en que debe tenerla.
6. Quiénes tienen inhabilidad general para ser herederos.
7. Quiénes la tienen respectiva, y 1.° de los confesores del testador en su última enfermedad.
8. 2.° Los hijos ilegítimos: en qué caso no heredan los naturales.
9. Qué pueden heredar los espurios.
10. El heredero debe señalarse de un modo inequívoco, y qué debe hacerse cuando lo fueren los pobres de algun lugar.
11. De la institucion condicional, y de las condiciones imposibles.
12. 13. De las condiciones posibles.
*14. Reglas sobre las condiciones.
15. Cómo se dividia antes la herencia por razon del derecho de acrecer.
16. Hoy se puede morir parte testado y parte intestado, y el derecho de acrecer solo tiene lugar en ciertos casos.
17. De la sustitucion y sus especies: 1.ª de la vulgar.

1. Aunque despues de lo dispuesto por la ley recopilada (1) no es necesaria la

[1] L. 1. tit. 4 lib. 5 de la R, ó 1 tit. 18 lib. 10 de la N.

institucion de heredero para el valor del testamento, pues si se omite aquella por el testador, subsiste su disposicion en cuanto á lo demas, y sus bienes pasan al que deba heredarlo por intestado: sin embargo es la parte mas interesante del acto, y como ordinariamente no falta es conveniente explicar todo lo que concierne á ello. Instituir heredero es *nombrar succesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes, ó de alguna partida de ellos* (1),* y de ahí se sigue que heredero se llama al que succede en los bienes de otro: si succede en todos con los derechos, deudas y acciones, es universal, y si solo en alguna cosa es parcial, ó mas bien legatario. El heredero puede serlo, ó por intestado, que es el que succede cuando el difunto no hizo testamento, ó se anuló el que hizo, y de estos hablarémos en el título VIII, ó por testamento, y son los señalados por el testador. Estos son de tres clases, á saber: forzosos, necesarios y voluntarios; omitiendo desde luego la antigua division del derecho romano, adoptada en la ley de Partida [2] en suyos,

(1) L. 1 tit. 3 P. 6.
(2) L. 21 tit. 3 P. 6.

necesarios, y extraños, por el ningun uso que tiene entre nosotros.

2.* Forzosos se llaman los que no pueden dejar de ser instituidos, sino por justa causa bastante á la desheredacion, ni en menos de lo que les corresponda, y estos son los descendientes, ó ascendientes legítimos del testador. Se dicen *legítimos*, porque son nacidos conforme á las leyes civiles y canónicas, y son de tres clases: unos que proceden de verdadero matrimonio, otros que fueron procreados durante él, pero en el que resultó impedimento ignorado por ambos padres, ó por uno de ellos; y los últimos son los legitimados por subsiguiente matrimonio. A todos estos deben los padres instituir por herederos de todos sus bienes, á excepcion del quinto, del que pueden disponer libremente, y con ellos no puede entrar en parte ningun estraño, y su institucion seria inválida, é ineficaz. Mas no se reputa extraño el póstumo, que es el que nace despues de muerto el padre; mas para que sea habido por legítimo, es necesario que su madre lo dé á luz, cuando mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta viva en su compañia; pues si nace

entrado en el onceno mes del fallecimiento, aunque sea en un dia, ya no se reputa legítimo, aunque sí, si nace en el séptimo, ó noveno mes (1). Es necesario además que viva veinticuatro horas despues de nacido, y que sea bautizado, pues de otro modo se reputa abortivo, y no hereda á sus padres (2). El hijo legitimado por rescripto es heredero forzoso de su padre y ascendientes si no los tiene legítimos por matrimonio anterior ó posterior á la legitimacion; y por lo que hace á los naturales hablarémos en el n. 8. La succesion de los descendientes puede verificarse *por cabezas*, esto es, teniendo cada uno igual derecho á igual porcion con los demas coherederos, ó por *familias*, esto es, que una familia tenga derecho á una porcion igual á la de cada uno de los herederos, porque represente á uno de ellos, como v. g. muere un padre que tuvo cuatro hijos: de estos viven dos, uno de ellos casado y con familia, y los otros dos son ya difuntos, y uno dejó dos hijos y el otro cuatro; pues los hijos vivos succeden por cabezas, y los hijos de los dos difuntos por familias; de ma-

(1) L. 4 tit. 23 P. 4.
(2) L. 11 tit. 4 P. 6.

nera que suponiéndo que el caudal divisible, deducidas las deudas y el quinto, sean cuarenta mil pesos, corresponderán de ellos á cada uno de los hijos vivos á diez mil, y como los seis restantes representan á dos personas, que fueron sus padres, hijos del difunto, cuyos bienes se dividen, se harán otras dos porciones iguales entre sí, y respecto de las que han llevado los otros dos, y resultará que á los dos hijos de uno de los difuntos se darán otros diez mil pesos, que partidos entre sí les corresponderán cinco, y á los cuatro del último otros diez mil, y les corresponderán dos mil y quinientos.*

3.* No habiendo descendientes son herederos forzosos los ascendientes, entendiéndose primeramente por tales los padres, con quienes ningun otro concurre, y asi dividirán la herencia en dos partes iguales (1). Muerto uno de los padres, debe ser instituido el que sobrevive con exclusion del abuelo de la otra linea (2). Muertos los padres succeden los abuelos de ambas lineas, debiéndose partir los

(1) L. 4 tit. 13 P. 6.
(2) Gomez en la ley 6 de Toro n. 5.

bienes indistintamente en dos porciones iguales para el paterno y materno (1); si de una parte existiere solo un abuelo, y de la otra dos, aquel habrá la mitad de los bienes, y éstos la otra (2); y á falta de los abuelos serán instituidos los ascendientes mas inmediatos que hubiere, sean de la linea que fueren (3). Con respecto á los ascendientes puede el testador disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, reservando precisamente para aquellos las otras dos (4), y debiendo sacarse de aquella únicamente los gastos de entierro, mandas y legados (5). Los

[1] Gomez en la ley 6 de Toro n. 5.
[2] L. 4 tit. 13 P. 6.
[3] La misma.
[4] L. 1 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 20 lib. 10 de la N.
[5] La opinion de que los gastos de entierro deben deducirse en este caso del tercio de los bienes la sostienen Cobarruv. in cap. *Raynaldus* § 3 núm. 2. Gutier. en la ley *Nemo potest.* n. 93 y lib. 2 *Pract.* quaest. 71. Matienzo en la l. 1 tit. 8 lib. 5 glos. 8 n. 2 y otros; mas el Febrero de Tapia en los nn. 6 y 7 del cap. 10 del tit. 3 del tom. 6 cita á Garcia *De expensis* cap. 8 nn. 49 y 50 por la opinion contraria, refiriéndose á Palacios Rubios colaborador en las leyes de Toro, y se decide por esta. En cuanto á las mandas y legados no hay dis-

hermanos nunca son herederos forzosos (1), y cuando son instituidos, se entienden los que lo son de padre y madre, á menos que conste de otro modo la voluntad del testador. *

4. Herederos necesarios se llaman en las Partidas los esclavos del testador que éste instituia, y se les daba este nombre porque estaban obligados á admitir, aunque no quisiesen, la herencia de su señor, y á pagar las mandas y deudas que dejase no solo del importe de aquella, sino de todos sus bienes habidos antes ó despues de su fallecimiento en recompensa de la libertad que adquirian en virtud de la institucion (2); mas esto ya no tiene lugar en nuestra legislacion; y voluntarios son los que el testador nombra sin tener obligacion para ello. *

5. Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó prohibicion legal que lo impida, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las tres clases de

puta apoyándose lo que se ha dicho en el tenor de la ley que se citó con el n. 4 en la pág. anterior.

[1] LL. 1 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, y 2 y 12 tit. 7 P. 6.

[2] L. 21 tit. 3 P. 6.

herederos, á saber: en el forzoso basta que no haya inhabilidad al tiempo de la muerte del testador, aunque la hubiese al de la institucion; en el necesario debia no haberla en ambos, y en el voluntario no debe haberla en tres, que son el de la institucion, el de la muerte del testador, y el de la aceptacion de la herencia.

6. La inhabilidad para heredar es general, ó respectiva. La tienen general segun el derecho de las Partidas (1) los desterrados para siempre: los condenados á trabajar en las minas perpetuamente, aunque éstos pueden tener legados: los hereges y apóstatas declarados por sentencia: los moros y judios (2), y las cofradias, corporaciones, ó sociedades erigidas contra derecho. A la viuda que casase dentro del año de la muerte de su marido se le prohibia heredar á cualquiera pariente del cuarto grado en adelante ó extraño (3); pero esta disposicion está corregida por otra posterior (4) que concede

(1) L. 2 tit. 3 P 6
(2) L. última tit. 7 P. 6.
(3) L. 4 tit. 3 P. 6.
(4) L. 3 tit. 1 lib. 5 de la R. ó 4 tit. 2 lib. 10 de la N.

á las viudas facultad de casarse dentro del año de la viudedad sin incurrir en pena alguna.

7. La inhabilidad respectiva, esto es, para heredar á determinadas personas, la tienen primeramente los eclesiásticos que confesaren al testador en su última enfermedad, extendiéndose la inhabilidad á los parientes de aquellos, sus iglesias ó monasterios (1); y por otra disposicion posterior, ratificándose esta prohibicion, se declaran nulos los testamentos en que se contravenga á ella, y se impone la pena de privacion de oficio al escribano que lo autorice (2). Esta disposicion tiende á evitar el abuso que podia hacerse por los confesores de los enfermos, segun en ella misma se indica; y por lo que hace á la nulidad del testamento, nos parece que debe entenderse solamente en cuanto á la institucion del confesor por heredero, ó á la manda ó legado que se haga á él, á su pariente, iglesia ó monasterio, mas no en cuanto á las demas disposiciones que con-

(1) Auto acordado 3 tit. 10 lib. 5 de la R. ó ley 15 tit. 20 lib. 10 de la N.

(2) Cédula de 18 de agosto de 1771 en que se inserta el citado auto 3 y es la misma ley 15.

tenga. Fundamos este juicio en la observacion de las leyes de esta naturaleza. La 8 del título 7 de la Partida 6 dispone que el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin expresar causa sea nulo, pero añade, que sea solo en cuanto á la desheredacion, y que subsista en cuanto á las mandas y demas cosas contenidas en él. Igualmente la 8 del título 6 del libro 5 de la Recopilacion, ó sea la 8 del título 6 del libro 10 de la Novissima manda, que cuando algun testamento se anule por pretericion, ó desheredacion, si en él se hiciere mejora de tercio, ó quinto, subsista esta, como si no se anulara el testamento; y esto es conforme á la equidad que no consiente, que la pena pase de aquello en que se incurrió la falta que la motiva.

8. Lo segundo tienen inhabilidad respectiva para heredar los hijos ilegítimos á sus padres. Se llaman ilegítimos los que no son habidos de matrimonio, y se distinguen en *naturales* y *espurios*. Los primeros son los procreados por hombre y muger hábiles para contraer matrimonio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento, y ademas es necesario

que el padre los reconozca por tales hijos naturales, siempre que la muger en quien los tuvo, no viviese en su casa, ó no hubiese sido una sola (1). Estos no pueden heredar á sus padres, si este tiene hijos legítimos, mas que en el quinto (2); y no teniéndolos pueden succederle aunque tenga ascendientes (3), y si el padre no los mencionare en el testamento, los herederos deberán darles alimentos (4).

9. Espurios se llamaban antes los que no tenian padre conocido, mas en el dia se comprenden bajo de este nombre todos los ilegítimos, que no son naturales, y son los *adulterinos* que proceden de hombre ó muger casados: los *sacrílegos*, de monja, ó religioso profeso, ó de clérigo de órden sagrado (5): los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *manceres* de prostitutas, ó mugeres públicas. Todos estos se dicen de dañado ayuntamiento; pero es ademas punible, si

(1) L. 9 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 5 lib. 10 de la N.
(2) L. 8 tit. y lib. cit. de la R. ó 6 tit. 20 lib. 10 de la N
(3) La misma.
(4) L. 8. tit. 13 P 6.
(5) Acevedo en la l. 6 tit. 8 lib. 5 de la R. nn. 3 y 4.

la madre era casada, porque segun la ley (1) incurre en la pena de muerte. Los espurios de cualquiera clase que sean, no pueden succeder á sus padres, sino en el quinto de sus bienes (2), y esto en opinion de Gutierrez (3), si se hallaren en necesidad; mas los sacrílegos en nada, ni aun á los parientes de su padre (4); aunque no es de creer que esta disposicion excluya tambien los alimentos. A las madres succeden como herederos forzosos, á falta de legítimos, los naturales y los espurios (5), menos los que proceden de ayuntamiento sacrílego, que nada pueden tener (6), ó de dañado y punible que solo tendrán el quinto (7), modificándose por estas disposiciones de la Recopilacion, que hemos citado, la general de las Partidas

(1) L. 7 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 20 lib. 10 de la N.
(2) L. 8 tit. y lib. cit. de la R. ó 6 tit. y lib. cit. de la N.
(3) Gutierrez lib. 3 *Pract.* quest. 94.
(4) L. 6 tit. y lib. dd. de la R. ó 4 tit. y lib. dd. de la N.
(5) L. 7 en la R. ó 5 en la N.
(6) La misma.
(7) La misma.

(1), que habia creido deberse limitar el mismo Gregorio Lopez (2).

10. En la institucion de heredero debe el testador explicarse en términos claros, designándole por su nombre y apellido, de modo que no pueda dudarse quien es (3); y asi no valdrá la institucion hecha en favor de algun amigo, expresando solo su nombre, si el testador tenia dos amigos que tuviesen el mismo, no constando por otras señas de cual de los dos habló, y los bienes pasarian á los herederos por intestado. Tampoco valdria si lo designase con palabras que denotasen algun defecto infamante; aunque no, si en general dijese de él que era malo, sin expresar la especie de maldad (4). Si se instituyere á los pobres de alguna ciudad ó villa, deberán repartirse los bienes entre los que se hallaren en los hospitales de ella, y principalmente entre los que estuvieren imposibilitados para salir de ellos. Mas si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testa-

[1] L. 4 tit. 3 P. 6.
[2] Gregor. Lop. glos. 11.
[3] L. 6 tit. 3 P. 6.
[4] L. 10 del mismo tit. y P.

mento (1), lo que dice Gregorio Lopez debe entenderse en el caso de que tuviese allí su domicilio (2).

11. La institucion de heredero puede hacerse puramente, ó bajo de condicion, á dia fijo, ó hasta cierto tiempo. La condicion, que regularmente se expresa con la conjuncion *si*, es *añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto, lo que quiere hacerse ó se promete.* El efecto natural de toda condicion es, que verificada ésta valga lo dispuesto ó prometido, como si fuera hecho pura y absolutamente; y si no se verifica, es inválido; quedando todo en suspenso hasta su cumplimiento [3]. Siendo muy frecuente el uso de las condiciones en los testamentos y contratos, y muy varias sus especies y efectos, nos parece conveniente tratar de ellas con alguna extension. Se dividen primeramente en posibles é imposibles. Las primeras son las que no tienen impedimento alguno para cumplirse, y por el contrario las imposibles son las que no pueden existir. Estas se sub-

(1) L. 20 tit. 3 P. 6.
(2) Gregor. Lop. glos. 7 de ella.
(3) L. 1 tit. 4 P. 4.

dividen en imposibles por naturaleza, por derecho, y de hecho, ó por ser perplejas y dudosas. Se llaman imposibles por naturaleza aquellas cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijese: *nombro heredero á Pedro, si alcanzare el cielo con la mano.* Por derecho las que son contrarias á la ley, á la honestidad, piedad y buenas costumbres (1), y se dicen imposibles porque como dijo Papiniano (2) ,,debe creerse ,,que no podemos hacer aquellas cosas ,,que ofenden la piedad, existimacion y ,,rubor nuestro, y generalmente las que ,,se hacen contra las buenas costumbres" como si uno dijera: *te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautiverio, ó no le dieres de comer.* Las imposibles de hecho son las que de hecho no pueden jamás existir, como por ejemplo, que es el de la ley (3); *establezco por mi heredero á fulano, si diere á tal iglesia un monte de oro,* sobre las que puede verse á Gregorio Lopez (4), y

(1) LL. 1 y 3 tit. 4 P. 6.
(2) L. 5 de cond. inst.
(3) L. 4 tit. 4 P. 6.
(4) Greg. Lop. glos. 1 de esta, y 4 de la l. 6 t. 4 P. 6.

perplejas ó dudosas, las que por sí mismas se embarazan, y cuyo sentido no se puede entender, como si se dijera: *Pedro sea mi heredero si lo fuere Juan, y sea Juan mi heredero si lo fuere Pedro* (1). Las imposibles por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos, pues se tienen por no puestas, y el heredero ó legatario entran desde luego en el goce de su herencia ó manda, como si hubiesen sido nombrados absolutamente (2), á diferencia de lo que sucede en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible son nulos, no solo por derecho romano (3), sino tambien por el nuestro, porque aunque no hay ley expresa que lo establezca, es doctrina de los mejores intérpretes (4), que asignan por razon de la diferencia, que los que contratan de ese modo, se supone que hablan de burlas, y sin intencion de obligarse; suposicion que no tiene lugar en los testadores por la seriedad del acto,

(1) L. 5 tit. 4 P. 6.
(2) L. 3 tit. y P. cit.
(3) § 10 Inst. de inut. stipul.
(4) Greg. Lop. glos. de la ley 17 tit. 11 P. 5, y Gomez lib. 1 var. cap. 11 n. 60 y otros.

y circunstancias en que regularmente se practica. Mas las imposibles de hecho (1) y las perplejas (2) hacen nulo el testamento ó contrato en que se ponen. Rigorosamente hablando las condiciones imposibles no son propiamente condiciones, como tampoco las que miran al tiempo pasado ó presente, como que no contienen suspension ó dilacion, por no estar en duda la cosa que exigen, requisito indispensable para toda condicion (3), * por lo que el reformador de Febrero desaprueba la division de las condiciones imposibles, y no reputa justo el efecto legal de las imposibles de hecho, y de derecho en los testamentos y contratos; en lo que le concede razon Tapia (4), pero haciendo al mismo tiempo la observacion de no estar derogadas esas disposiciones legales. *

12. Las condiciones posibles se dividen en potestativas, casuales y mixtas.

(1) L. 4 tit. 4 P. 6.
(2) Greg. Lop. glos. 1 de esta l. y 4 de la l. 6 tit. 4 P. 4.
(3) L. 2 tit. 4 P. 6.
(4) Tapia Febrero Noviss. lib. 2 tit. 2 cap. 2 n. 7 en la nota.

Las primeras son aquellas cuyo cumplimiento depende de nosotros mismos: casuales las que dependen del acaso, y mixtas las que participan de ambas (1). Pueden ser ademas expresas, que son las que se manifiestan claramente con palabras; ó tácitas, que no se expresan, pero se entienden expresadas, y de estas unas se entienden expresadas por exigirlo así la misma cosa como cuando alguno lega, ó promete los frutos que diere su campo en tal año, en cuyo caso se entiende la condicion *si nacieren* (2), y otras se presumen de la voluntod del testador, que aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion *si muriere sin hijos*, que se entiende cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos, ó naturales, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que pertenecia al que murió primero, es preciso que este haya muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no hubiese expresado esta condi-

(1) LL. 7, 8 y 9 del tit. 4 P. 6.
(2) L. 20 tit. 11 P. 5.

cion (1). Mas lo contrario será, si los instituidos son extraños (2), y si uno fuere hijo y el otro extraño, juzga Gregorio Lopez (3) que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si él fuese el que murió primero. En nuestras leyes no se encuentra decidido si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la sustitucion, y á nuestro juicio, ofrecido el caso, deberia resolverse afirmativamente, como hemos procurado fundar en otra parte (4), en la que explicamos tambien la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y el tiempo en que deben cumplirse [5], de que tampoco hablan las leyes.

13. En las condiciones casuales es necesario que se cumplan para ganar la herencia (6), y lo mismo en las potestativas, á menos que el no cumplirlas sea por un caso fortuito, y sin culpa de aquel á quien se impusieron (7), aunque debe advertirse

(1) L. Cum avus de cond. et. demonst.
(2) L. 10 tit. 4 P. 6.
(3) Gregor. Lop. glos. 13 de esta.
(4) Digesto romano-hispano lib. 35 tit. 1 n. 4.
(5) Allí nn. 5, 6, 7, 8 y 9.
(6) L. 8 del mismo tit. y P.
(7) LL. 7 tit. 4 y 22 tit. 9 P. 6.

en estas, que si consisten en no hacer alguna cosa, como v. g. *lego á Pedro cien pesos, si no fuere á España,* se le deben entregar desde luego, dando fiadores de que los restituirá, si fuere (1), que es la caucion *Muciana*, llamada así del nombre de su autor Quinto Mucio, y que no tiene lugar en los contratos, como opinan generalmente los intérpretes, y principalmente Gomez (2) y cuya razon de diferencia hemos notado en otra parte (3). Por lo que hace á estas condiciones de no hacer, conviene advertir, que la práctica y los autores regnícolas tienen adoptada la doctrina del derecho romano: que no vale y se tiene por no escrita la condicion de no casarse puesta á un célibe, y mas si es muger, pero que deberá cumplirse, si se pone á un viudo (4). En otro lugar (5) hemos manifestado que debe tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general ni tiene fuerza de tal. Mas de que sea nula la condicion de no casarse no

(1) L. 7 tit. 4 P. 6.
(2) Gomez 2 var. cap. 11 n. 37.
(3) Institucion. lib. 3 tit. 16 n. 6.
(4) Gomez en la l. 4 de Toro n. 8.
(5) Digesto romano hispano lib. 35 tit. 1 n. 11 y siguientes.

se debe inferir que lo sean tambien las adiciones ó expresiones que con tanta frecuencia usan en sus testamentos los padres que teniendo hijas solteras las mejoran *mientras se mantengan doncellas y sin casarse*, porque el fin no es impedir el matrimonio, sino socorrer á las hijas mientras estén destituidas del auxilio del marido, de manera que esta mejora no es condicional, sino modal, y por esto se debe luego que fallece el testador, y mientras las hijas sean célibes, sin esperar ni dar caucion, lo que es indispensable en las condiciones; á que se añade, que segun varios autores (1), las adiciones en caso de duda antes deben considerarse modos que condiciones. La de casarse con persona determinada es de las que llamamos mixta, y si la persona muere antes de verificarse el matrimonio, ó si no se verifica por no querer aquel á quien se impuso, no gana la herencia (2), á menos que el no hacerlo fuese por impedimento legal, ó porque no quiera la persona designada. Si el tes-

(1) Castill. lib. 4 controv. cap. 55 Parlador differ. 147. Barbos. de dict. usufrequent. diction. *Donec* 93 n. 4.

(2) L. 14 tit. 4 P. 6 vers. *Pero*.

tador nombra dos herederos, á uno puramente, y á otro bajo de condicion, puede el primero tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion (1); y cuando instituye heredero bajo dos condiciones, deberán cumplirse todas si se pusieron conyuntivamente, mas si fue disyuntivamente bastará se cumpla cualquiera de ellas (2).

14.* Para concluir la materia de condiciones nos parece conveniente poner la suma de la doctrina legal sobre ellas, en forma de reglas como las señala un moderno institutista (3). 1.ª Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legítima. 2.ª Cuando un padre mejora á su hijo en el quinto, tiene facultad de imponerle á su arbitrio los gravâmenes y condiciones que quisiere, con tal que sean posibles y honestas (4). 3.ª En el tercio por ser verdaderamente legítima de los descendientes que se les debe por dere-

(1) L. 12 tit. 4 P. 6.
(2) L. 13 del mismo.
(3) Alvarez Instituciones de Derecho Real lib. II. tit. XVI.
(4) LL. 1 tit. 17 y 11 tit 4 P. 6.

cho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condicion (1), aunque sí se les permite poner gravámen. 4.ª El heredero extraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquiere la herencia (2). 5.ª Si la condicion depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida (3). 6.ª La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho, ó de derecho se tiene por no puesta (4), á diferencia de los contratos á los cuales los vicia. 7.ª La condicion perpleja que llaman dudosa, hace inútil la institucion de heredero (5). 8.ª El heredero antes de cumplir la condicion no transmite la herencia á sus herederos.*

15. Por el derecho romano estaba establecido que ninguno podia morir parte testado y parte intestado, y de ahí provino el derecho de acrecer, esto es, de aumentar al heredero instituido en determi-

(1) L. 11 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 11 tit. 6 lib. 10 de la N.
(2) L. 7 tit. 4 P. 6.
(3) L. 14 del mismo.
(4) L. 3 del mismo.
(5) L. 5 del mismo.

nada cantidad el resto de los bienes del testador, cuando este no habia dispuesto de ellos, ó cuando su disposicion no habia tenido efecto, para que de este modo se verificase que no habia muerto parte intestado, como habria sido si aquellos bienes quedasen sin heredero, cuyo nombramiento era lo que constituia principalmente el testamento. Para facilitar en algunos casos esta aplicacion se dividia el total de la herencia, que se llamaba *as*, como á su duplo *dipondium* y á su triplo *tripondium*, en doce partes [que se llamaban onzas] por la razon de que este número es el que se parte en mayor número de porciones iguales; y asi es que si un testador instituia á un heredero en tres onzas, á otro en cuatro, y á otro sin determinar cantidad, se aplicaban á este cinco, con que se completaba el *as*, y si al primero señalaba ocho y al segundo siete, el tercero tomaba nueve con que se completaba el dipondium, y con estas disposiciones del derecho romano está enteramente conforme el de las Partidas (1), como tambien en que si el testador instituye á un heredero solo en cosa determi-

(1) LL. 17, 18 y 19 tit. 3. P. 6.

nada, este deberá llevar toda la herencia.

16. Mas estas disposiciones no tienen lugar, estando destruido el axioma de los romanos de que no se puede morir parte testado y parte intestado por la ley recopilada (1) que declara válido el testamento, aun cuando no lo sea en cuanto á la institucion de heredero, en cuanto á las mandas y demas disposiciones que contenga. Por consecuencia de esa declaracion ha quedado destruido el derecho de acrecer en las herencias, y solo tendrá lugar cuando lo previniere el testador, cuya voluntad debe cumplirse religiosamente. Segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia: ó son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno, y señaladas por el testador, y en estos casos irân á los herederos legítimos, ó por intestado los demas bienes vacantes, de que no dispuso el testador (2). Mas si este instituyere á muchos juntándolos ó en toda la herencia, ó en alguna parte de

(1) L. 1. tit. 4 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 18 lib. 10 de la N.

(2) Vela disp. 47 n. 58.

ella, como por ejemplo en el tercio, ó en el quinto, habrá entre ellos el derecho de acrecer, porque se juzga ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

17. Los testadores suelen nombrar un segundo ó tercer heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero (1), y á este nombramiento se llama sustitucion, que no es mas que la *institucion en segundo ó ulterior grado.* Puede ser directa, y oblicua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro, y la oblicua es la que se hace por palabras de ruego y da la herencia por mano de otro. Se enumeran seis especies (2): vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua, ó recíproca, y fideicomisaria, aunque la compendiosa y la brevilocua son mas bien modos de sustituir. Vulgar es la que puede hacer cualquier testador al heredero, que instituye, para el caso de que no llegue á serlo (3). Se llama vulgar porque la puede hacer cualquier testador,

(1) L. 1 tit. 5 P. 6.
(2) La misma.
(3) La misma.

y para que el sustituto vulgar entre en la herencia, lo mismo es que el heredero no quiera, que el que no pueda aceptarla (1). Puede ser expresa, y entonces se anuncia con negativas, como v. g. *nombro por mi heredero á Pedro, y si este no lo fuere lo será Juan*, ó tácita, cuando el testador nombra á varios para que lo herede el que sobreviva; y si al tiempo de su fallecimiento viven dos ó mas, partirán la herencia en partes iguales, y si uno solo, la llevará toda (2). Pueden ser sustitutos los que pueden ser herederos, así como los inhábiles para esto, lo son para aquello; puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y al contrario; y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á que lo era el heredero; de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta, otro en la sexta y otro en la octava parte de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo órden, ninguno de estos entrará sino en la parte que correspondia á aquel á quien se sustituyó (3). La sustitucion vulgar se acaba, si el sustituto muere antes

(1) L. 2 tit. 5 P. 6.
(2) La misma.
(3) L. 3. del mismo. tit.

que el testador, ó si el heredero acepta la herencia (1).

18. La sustitucion pupilar es la que hace el padre al hijo impúber que tiene en su potestad (2) para que no carezca de heredero en el caso de que muera antes de llegar á la pubertad, y aunque segun la ley de Partida (3) podia el abuelo nombrar sustituto pupilar á sus nietos, debe entenderse derogada, porque suponia que el hijo casado y velado no salia de la patria potestad, como está dispuesto por ley posterior (4), y de consiguiente esto solo podrá verificarse en el caso raro de que el hijo no haya sido velado. La sustitucion pupilar se distingue de la vulgar: 1.° en que ésta la pueden hacer todos los testadores y para cualesquiera herederos, y aquella solo los padres, y solo para sus hijos impúberes; y 2.° en que la vulgar es para un caso negativo, esto es, si el instituido no hereda, y la pupilar para uno afirmativo, esto es, si el hijo fuere heredero y muriere antes de la

(1) L. 4 tit. 5 P. 6.
(2) LL. 1 y 5 del mismo.
(3) L. 5 citada.
(4) L. 8 tit. 1 lib. 5 de la R. ó 3 tit. 5 lib. 10 de la N.

pubertad. No obstante esta diferencia, bajo la sustitucion vulgar expresa se comprende tácitamente la pupilar (1), y asi es que si un padre instituye heredero á un hijo suyo pupilo, diciendo que en caso de no serlo, lo sea Pedro, lo será éste tambien en el caso de que habiéndolo sido el hijo muriese antes de salir de la edad pupilar; aunque hay una excepcion de esta doctrina (2) en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad uno mayor de catorce años y otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entonces no seria el mayor sustituto pupilar del menor, aun cuando siendo este heredero muriese en su pupilage; fundándose esta disposicion en que se juzga, que el testador quiso igualarlos, y de consiguiente no fue su voluntad que el mayor tuviese otra sustitucion del menor, que la vulgar, que era la única de que este era capaz respecto de aquel; y lo mismo debe decirse por la misma razon, si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño, aunque menor.

(1) L. 5 tit. 5 P. 6.
(2) En la misma l. vers. *Fueras ende.*

19. Como el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad (1) y su causa la poca edad del hijo incapaz por ella de disponer de sus bienes (2), de ahí es que solo el padre puede sustituir pupilarmente, y esto hasta al hijo que siendo de diez años y medio fuese desheredado por él; en cuyo caso si muriese en la edad pupilar, entraria su sustituto en los bienes que le pertenecèran por parte de su madre ó de otros (3), como que en general es efecto de esa sustitucion que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan venido, lo mismo que si hubiera sido nombrado heredero por él, pues por tal se reputa la sustitucion (4), quedando en todo excluida la madre del pupilo, como expresamente se establece en la ley (5) hablando de la sustitucion pupilar comprendida en la compendiosa, y prueba Gomez (6), quien opina que debe

(1) L. 7 tit. 5 P. 6.
(2) L. 11 del mismo.
(3) L. 7 citada.
(4) La misma.
(5) L. 12 tit. 5 P. 6 vers. *E si aquel.*
(6) Gomez 1 var. cap. 4 n. 7.

suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundándose en textos del derecho romano, que en otra parte (1) hemos hecho ver que no prueban el intento; y solo se exceptúa de esta generalidad el sustituto que el arrogador dé á su hijo adoptivo, que no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogante, ó por su consideracion (2). De lo que hemos dicho del fundamento y causa de la sustitucion pupilar se infiere tambien, que luego que cesa la patria potestad, se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de la edad pupilar (3). Si el pupilo no acepta la herencia paterna, tampoco entra el sustituto; pero si aquel se arrepiente, se le debe restituir y revive la substitucion (4).

20. Ejemplar es la que hacen los padres, ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, y se llama así, porque le sirve de ejemplo la pupilar, pues que en los lo-

(1) Instituciones Romano Hispanas, lib. 2 tit. 16 n. 17.
(2) L. 9 tit. 5 P. 6.
(3) L. 10 del mismo tit.
(4) La misma.

cos ó mentecatos ocurre la misma incapacidad de testar por sí, que en los pupilos, y asi se suele llamar tambien cuasi pupilar. Sin embargo hay algunas diferencias entre una y otra y son las siguientes: 1.ª La pupilar solo puede hacerse por el padre respecto del hijo, que tenga en su potestad; mas la ejemplar se puede hacer por el padre, esté ó no el hijo en su potestad, y tambien por la madre, como que su fundamento no es la patria potestad, sino el afecto natural de padres á hijos. 2.ª Que en la pupilar el padre puede nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar deben nombrarse precisamente los hijos del loco, si los tuviere, y en su defecto alguno de sus hermanos (1).

(1) L. 11 tit. 5 P. 6. De ella se infiere, que por medio de esta sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la succesion de los bienes del loco, ó fatuo, sobre lo cual hay variedad de opiniones. Alvarez en sus Instituciones § 1 del tit. 16 del lib. 2 y Tapia en su Febrero Novissimo lib. 2 tit. 2 cap. 10 n. 15, son de sentir que no puede hacerlo, fundándose el primero en que para él es dudoso que lo pueda hacer el padre en la sustitucion pupilar, que tiene su origen en la patria potestad; de que infiere que debe serlo mucho mas en la ejemplar que solo se funda en la determinacion y concesion legal, y ambos creen que debe observarse la ley 6 de Toro,

3.ª Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da y la ejemplar por el defecto ó enfermedad mental, y asi acaba recobrando el buen uso de la razon (1). En el caso de que despues de recobrado el juicio volviese á perderlo aquel á quien se habia nombrado sustituto, se disputa si debe considerarse que dura la sustitucion, ó que está acabada. Gregorio Lopez (2), y Covarrubias (3) se inclinan á la opinion de que dura, si el intervalo que media es corto, mas no si es largo, á juicio del juez. Los autores convienen generalmente en que puede darse sustituto ejemplar no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á todos los qne por algun vicio, ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos, sordos (4).

que como posterior debe reputarse como correctoria de la de Partida, y llamar en el caso á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco, citando á Gregorio Lopez en la l. 11 vers. *Otro extraño*, á Covar. de testam. cap. *Raynutius*, § 6 n. penult. y á Gomez lib. 1 Var. cap. 6 nn. 7 y 9.

[1] L. 11 tit. 5 P. 6.

[2] Gregor. Lop. glos. 11 de ella.

[3] Covar. in cap. *Raynutius* § 6 n. 11.

[4] El mismo n. 1.

21. La sustitucion compendiosa, que como hemos dicho mas es modo de sustituir, que verdadera especie de sustitucion, es la *que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes;* de manera que contiene la vulgar, la pupilar y cualquiera otra segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como la explica Antonio Gomez (1), que pone esta fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Juan.* Si el heredero no fuese el hijo deberia omitirse esa expresion, y segun el tenor de la ley (2) esta sustitucion como que comprende la pupilar, no puede hacerse sino por el padre respecto del hijo. La recíproca, brevilocua ó mútua, que tambien es modo de sustituir, se verifica cuando el testador dispone que sean sustitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos los hiciese herederos bajo esta fórmula: *Instituyo por herederos á mis dos hijos, y*

(1) Antonio Gomez 1 var. cap. 7.
(2) L. 12 tit. 5 P. 6.

los establezco por sustitutos uno del otro, que es el ejemplo de la ley (1) que dice que hecha de este modo la sustitucion contiene cuatro, á saber, dos vulgares y dos pupilares. Mas sobre esto advierte Gregorio Lopez (2) que aunque el ejemplo de la ley habla solo de hijos, no es porque esta sustitucion no puede tener lugar entre extraños, aunque entonces no comprenderá la pupilar.

22 Por último, la sustitucion fideicomisaria es cuando el testador encarga al heredero que nombra, que restituya ó entregue á otro su herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando que restituya mi herencia á Juan*, y así debe hacerlo [3]. Esta sustitucion tiene lugar únicamente entre herederos extraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomisos. Antiguamente se podia obligar al heredero nombrado á aceptar la herencia, para que el testador no muriese parte testado y parte intestado, mas despues de la cé-

(1) L. 13 tit. 5 P. 6.
(2) Greg. Lop. glos. 3 de esta ley.
(3) L. 14 tit. 5 P. 6.

lebre ley de la Recopilacion (1) que declaró que la falta de institucion de heredero no anula el testamento, no tiene lugar ese apremio. Si el heredero nombrado renunciare ó no aceptare la herencia, entrará en ella el sustituto, sin hacer á favor de aquel ninguna deduccion (2), y si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituya la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capaz de succesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el tiempo señalado para la restitucion (3). Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad, se estableció (4) que tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, que es la que se llama *cuarta trebeliánica.* Para computarla debe el heredero traer á cuenta lo que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras

(1) L. 1. tit. 4 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 18 lib. 10 de la N.
(2) La misma.
(3) Molin. de just. et. jur. tract. 2 D. 186 n. 3.
(4) L. 14 tit. 5 P. 6.

la tuvo en su poder (1). Si estos equivalen á la cuarta parte, restituirá íntegra la herencia, y si nó, tomará de ella lo necesario para completar aquella (2). Pero si los frutos importaren mas, debe distinguirse, porque si el testador le señaló dia para la restitucion, y el heredero la hizo en él, hace suyos los percibidos hasta ese dia, aunque excedan de la cuarta: si no le señaló dia, y aquel á quien debia restituirse la herencia fue negligente en pedirla sabiéndolo, serán del heredero los frutos sin contarlos en la cuarta, y si no habiéndosele señalado dia, él fuere rebelde difiriendo maliciosamente la restitucion, deberá entregar el exceso (3). Esto se entiende del heredero extraño, pues si fuese hijo del testador retendrá todos los frutos sin que se le impute nada en su legítima, que sacará íntegra (4); y lo mismo creemos que debe decirse por identidad de razon si fuere ascendiente, aunque con la advertencia que hace Gregorio Lo-

(1) L. 8. tit. 11 P. 6.
(2) La misma.
(3) L. 8 tit. 11 P. 6.
(4) La misma.

mitar hasta cien dias, si se entendiere que son bastantes. Este plazo deberá pedirse por los herederos antes que se otorguen por tales de palabra ó de hecho, y durante él podrán hacer que se les manifiesten los papeles pertenecientes á la herencia para instruirse mejor (1). Si el heredero muriere antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, el que lo fuere suyo disfrutará de la parte que le reste (2); pero si falleciere despues de concluido el plazo sin haber admitido la herencia, y no fuere descendiente del testador, su heredero no tendrá ningun derecho á ella; mas si descendiere del testador será lo contrario (3). Mientras dure el plazo concedido para deliberar no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia sin preceder mandato de juez fundado en justa causa, como para pagar los gastos del entierro del testador, ú otras cosas necesarias, que si no se hiciesen podrian resultar dañados ó menoscabados

[1] L. 1 tit. 6 P. 6.
[2] L. 19 c. de jur. delib.
[3] L. 2 tit. y P. cit.

los bienes hereditarios (1). Y si el heredero se resolviere á no aceptar la herencia despues de haber tomado algunas cosas de ella, las debe restituir al que entre en los bienes; y si no lo hiciere, presentará éste una relacion jurada de las cosas tomadas, á que deberá estarse, estimando el juez, segun su arbitrio, la suma en que debe jurar (2).

25. Ademas del beneficio de deliberar tienen otro los herederos para no ser obligados á mas de lo que importa la herencia, y es el de *inventario*, cuyas especies, circunstancias y efectos se explican en el lib. 3, pues aceptando la herencia con este beneficio, y formándolo con las solemnidades y dentro del término que señalan las leyes, solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal (3); y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el testador, le queda á salvo (4). Mas el heredero que acepta la herencia llanamente, ó entra en ella sin hacer inventario con la compe-

[1] L. 3 tit. 6 P. 6.
[2] L. 4 del mismo.
[3] LL. 5 y 7 del mismo.
[4] L. 8 del mismo.

tente justificacion, y dentro del término legal, debe pagar íntegramente por el hecho mismo no solo las deudas, sino los legados que dejó el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes en caso de que no alcancen los de la herencia, pues por la admision se mezclan y confunden con los bienes y derechos del heredero (1).

26. Mientras no sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden los acreedores del difunto emplazar al heredero por las deudas que dejó, y si tomaren algunas cosas de propia autoridad, deberán devolverlas y perderán su derecho (2). Tampoco pueden dentro del mismo término pedir sus mandas los legatarios, ni el heredero tiene obligacion de dárselas hasta que estén pagadas las deudas y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar.

27. El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Manifiestamente es por pedimento, escritura ó de

[1] L. 10 tit. 6 P. 6.
[2] L. 15 tit. 13 P. 1.

palabra, y á esto llamaron los romanos *adicion*, y tácitamente, tomando los bienes, vendiéndolos, arrendándolos, y disponiendo de ellos como dueño, que es lo que se llama *gestion por heredero.* En uno y otro caso ya no la puede repudiar (1), y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargos, aun cuando no basten los bienes heredados, á menos que haya aceptado con inventario; pero si el uso que hiciere de los bienes fuere por piedad, ó con la mira de que no se pierdan ó menoscaben, tiene el arbitrio de manifestar al juez que el encargarse de los bienes, inventariarlos, ó cualquiera otra gestion, la hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas no con intencion de ser heredero, y con esto á nada queda obligado (2). La admision de la herencia debe hacerse puramente y sin condicion (3), y para ella es necesario que el heredero, sea por testamento, sea por intestado, esté cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar, pues habiendo duda no puede entrar

[1] L. 18 tit. 6 P. 6.
[2] L. 11 del mismo.
[3] L. 15 del mismo.

en la herencia, ni tampoco renunciarla; y esto mismo sucede si la institucion fue condicional, y la condicion estuviere pendiente, y tambien cuando el heredero ignorase si el testador podia ó no hacer testamento (1).

28. De los mismos modos puede el heredero repudiar la herencia antes de entrar en ella; pero una vez renunciada no puede demandarla, á menos que sea menor. Si lo fuere, podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados. Tambien puede hacerlo el descendiente del difunto, no obstante haberla repudiado; pero lo ha de hacer dentro de tres años, y no han de estar enagenados los bienes (2). Si los herederos son extraños y alguno de ellos repudiare la herencia, aquel ó aquellos que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion á medias (3).

29. Desheredar, dice la ley (4), es *excluir de la herencia á aquel que por de-*

(1) L. 14 tit. 6 P. 6.
(2) L. 20 del mismo.
(3) L. 18 del mismo.
(4) L. 1 tit. 7 P. 6.

recho le pertenecia, y asi la desheredacion es *un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos.* Solo puede desheredar el que es capaz de hacer testamento, tiene herederos forzosos, y causas para excluirlos (1). La desheredacion debe hacerse nombrando al que se deshereda, ó dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin que se quite la fuerza á la desheredacion hecha por el padre respecto de su hijo el que hable de él en términos que lo denigren: debe hacerse puramente y sin condicion, y del todo de la herencia y no de alguna parte de ella (2). Para que valga la que se haga de los descendientes, deben ser estos á lo menos de edad de diez años y medio, y el que los deshereda no solo debe expresar la causa, sino probarla él mismo, ó el heredero que nombrare (3); mas si el desheredado consiente expresa ó tácitamente en la desheredacion no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en

(1) L. 2 tit. 7 P. 6.
(2) L. 3 del mismo.
(3) LL. 8 y 10 tit. 7 y 7 tit. 8 P. 6.

heredero debe ser mayor de diez y ocho años (1). 10.ª Si los descendientes de cristianos se hacen hereges ó moros, permaneciendo católicos sus ascendientes (2). El contraer matrimonio clandestinamente (3), ó hacerlo sin consentimiento de los padres (4) son tambien causas para la desheredacion. *

31.* Las causas por que los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes son ocho, á saber: 1.ª Por acusarlos de delito que merezca pena de muerte ó destierro, excepto el de traicion. 2.ª Por maquinar su muerte en cualquiera forma 3.ª Por tener acceso carnal con la muger, ó amiga de alguno de ellos 4.ª Por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. 5.ª Por procurar el padre la muerte de la madre, ó al contrario. 6.ª Por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion, en la misma forma que se dijo de los ascendientes. 7.ª Por no redimirlos de cautive-

(1) L. 6 tit. 7 P. 6.
(2) L. 7 del mismo.
(3) L. 1 tit. 1 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 2 lib. 10 de la N.
(4) L. 9 tit. 2 lib. 10 de la N.

rio, pudiendo. 8.ª Cuando el ascendiente es hérege, y el descendiente católico. Probada cualquiera de estas causas puede el descendiente desheredar à su ascendiente, y vale la desheredacion (1).*

32 Los hermanos aunque no son herederos forzosos, tienen derecho para anular la institucion hecha por el hermano, si éste les antepone una persona torpe ó infame; y este derecho lo pierden en tres casos: 1.º Por procurar la muerte del hermano. 2.º Por acusarlo de delito por el que merezca pena de mutilacion ó muerte. 3.º Si le ha causado la pérdida de todos, ó la mayor parte de sus bienes (2).

33.* Aun cuando no intervenga desheredacion hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1.ª Cuando el testador fue muerto por obra, ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes extrañas no perderá la herencia, aunque

(1) L. 9 tit. 2 lib. 10 de la N.
(2) L. 12 tit. 7 P. 6.

entre en ella antes de querellarse, con tal que lo verifique dentro de cinco años, despues de ocurrida la muerte. 2.ª Si abre el testamento antes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos; mas si no tiene certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga, si es hombre rústico, en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá por esta causa. 3.ª Si el testador ha muerto por obra, culpa, ó consejo de su heredero. 4.ª Por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquél. 5.ª Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legítimo, y lo mismo sucederá si fuere personero, ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á menos que lo haga como curador de algun húerfano. 6.ª Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia á un incapaz de heredar sabiendo que lo es (1).*

34. Si el testador, teniendo descendientes ó en su defecto ascendientes, no

(1) LL. 13. tit. 7 P. 6 y 11 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 11 tit. 20 lib. 10 de la N.

los nombra herederos, pero tampoco los deshereda, sino que los omite sin hacer mencion de ellos, instituyendo á otros que es lo que llaman *preterición*, será nulo su testamento en cuanto á la institucion de herederos [1]; mas si la preterición se hace sin nombrar otro heredero en lugar de los omitidos, creemos que será válido el testamento, supuesta la ley (2) tantas veces citada, que declaró no ser necesario para su valor que contenga institucion de heredero, y esta es la opinion de varios autores (3) que establecen la diferencia de que en este segundo caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas del testâdor en cuanto no le disminuyan su legítima, en lo que no recibe agravio, como lo recibiria en el primer caso en el que se le sustituye un extraño.

35. Cuando es falsa la causa que se

[1] LL. 10 tit. 7 y 1 tit. 8 P. 6.
[2] L. 1 tit. 4 lib. 5 de la R ó 1 tit. 18 lib. 10 de la N.
[3] Matien. sobre la l. 1 tit 4 lib. 5 de la R. glos. 10 n 49. Ayllon ad Gom. 1 Var. cap. 11 n. 2 y Pichard. in § *igitur quartam* de inofi. test. n. 4.

alega para la desheredacion, y no se prueba suficientemente por el heredero nombrado, concede el derecho al desheredado la accion de inoficioso testamento, que es por la cual los ascendientes, ó descendientes desheredados por su nombre y con expresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera. Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y asi no será necesaria: 1.° Por la preterición, ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho; pues en este caso es *ipso jure* nula la institucion de heredero (1). 2.° Si el padre instituye heredero á su hijo en una porcion menor de la que le corresponde por legítima, pues este tiene derecho de pedir su complemento, como que ni está preterido, ni desheredado (2). Y asi solo tendrá lugar cuando la desheredacion es enteramente arreglada á dere-

[1] L. 1 tit. 8 P. 6.
[2] L. 5 del mismo.

cho, y válido el testamento en que se hace, pero la causa no se prueba suficientemente por el heredero nombrado, que es á quien corresponde en caso de no haberlo hecho el testador ó negarla el desheredado (1).

36. Esta accion no se dá á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes, que son los que tienen derecho á ser herederos, comprendiéndose entre los primeros los hijos naturales y no de punible ayuntamiento respecto de la madre, á quienes compete la accion, aun cuando tenga ascendientes legítimos (2); pero tambien se da á los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia á ellos á alguna persona torpe ó de mala fama (3). El efecto de esta accion es anular la institucion de heredero entrando el que debe heredar conforme á derecho y en la parte correspondiente, quedando todo lo demas del testamento en su vigor (4), como me-

[1] LL. 1 y 4 tit. 8 P. 6.
[2] L. 7 tit. 8 lib. 8 de la R. ó 5 tit. 20 lib. 10 de la N.
[3] LL. 2 y 3 tit. 8 P. 6.
[4] L. 7 del mismo.

joras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor &c. Cesa esta accion 1.° siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este es subsidiario, y 2.° siempre que se consiente en la desheredacion expresa ó tácitamente (1), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oido, á menos que sea menor, que entonces podrá hacerlo hasta cuatro años despues de haber cumplido los veinticinco.

37 El testamento que carece de alguna de las solemnidades del derecho, ó que ha sido otorgado por persona inhábil para ello, no produce efecto; mas el bien hecho puede romperse ó perder su fuerza por varias causas. Ya hemos hablado de la circunstancia de *inoficioso*, que solo tiene lugar en los que contienen desheredacion, absteniéndonos de entrar en la cuestion de si estos testamentos pierden su fuerza porque son nulos, ó porque se rompen ó rescinden, cuestion que dejan tan dudosa las leyes de Par-

(1) L. 6 tit. 8 P. 6.

tida (1) como lo era entre los intérpretes del derecho romano, y en la que nos inclinamos al segundo extremo. Ademas de esta causa puede romperse un testamento válido, ó en cuanto á la institucion de heredero, ó en cuanto á todo lo que contiene. Lo primero sucede cuando despues de otorgado le nace al testador algun hijo, que suelen llamar *póstumo*, aunque rigorosamente solo lo es el que nace despues de muerto el padre (2), pues el nacimiento de este hijo rompe la institucion de heredero hecha en el extraño, en cuyo lugar entra aquel, subsistiendo las mandas, legados, y demas disposiciones hasta donde alcance el quinto, que es del que pudo disponer libremente. En cuanto á todo lo que contiene se rompe un testamento por el otorgamiento de otro posterior cumplido y perfecto (3), pues el primero no quitó al testador la libertad de variar su voluntad hasta el momento de su muerte (4); mas no siendo

(1) LL. 10 y 11 tit. 7 y 1 tit. 8 P. 6.
(2) L. 20 tit. 1 P 6.
(3) L. 21 del mismo.
(8) L. 25 del mismo.

perfecto el segundo no rompe el primero (1). De esta regla general ponen las leyes algunas excepciones, que vamos á indicar. La primera es cuando el testador otorga segundo testamento, instituyendo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero, expresandolo así; pues si resulta falso el fallecimiento del primer heredero, su nombramiento no se rompe por el del segundo, que queda sin efecto subsistiendo en todo lo demas ambos testamentos (2). La segunda es cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituye herederos á sus hijos, hace otro, el cual no rompe el primero, si no se hace mencion de él (3). La tercera es cuando el primero está otorgado con cláusulas derogatorias de otro cualquiera, pues entonces no se romperá por el segundo, si no es que que en este se haga mencion de aquel, revocándolo (4): aunque como esto depende de la voluntad del testador, son de opinion

(1) L. 23 tit. 1 P. 6.
(2) L. 21 citada.
(3) L. 22 del mismo.
(4) La misma.

Gregorio Lopez (1) y Covarrubias (2) que el segundo derogará al primero, siempre que por las conjeturas se conozca que lo quiso asi el testador. Otra excepcion se encuentra en la misma ley de Partida (3) que omitimos por creerla derogada por leyes posteriores. (4) El testamento cerrado á mas de los modos dichos se entiende revocado, si el testador con advertencia rompe el sello del escribano, ó raya las firmas; mas no si lo hace por casualidad [5].

TITULO VI.

De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, y ley falcidia.

Tit. 9 P. 6 y tit. 6 lib. 5 de la R. *ó* tit. 6 lib. 10 de la N.

1. Qué se entiende por mejora.
2. Cuando se hacen las dos mejoras, cuál debe sacarse primero.
3. Cómo pueden hacerse las mejoras.
4. La promesa de me-

(1) Gregor. Lop. 2 glos. de la ley 22 tit. 1 P 6.
(2) Covarrub. de testam. part. 2. rubr. a. n. 57.
(3) L. 22 tit. 1 P. 6.
(4) LL. 1 y 2 tit. 4. lib. 5 de la R. ó 1 y 2 tit. 18 lib. 10 de la N.
(5) L. 24 tit. y P. cit.

1. Hemos dicho ya que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de la quinta parte, que comunmente se llama *el quinto*, de que pueden disponer libremente en beneficio de su alma, ó de quien les parezca (1),

(1) L. 12 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 8 tit. 20 lib. 10 de la N.

y los bienes de los hijos lo son de los padres, á excepcion del tercio, del cual tienen libertad de disponer como quisieren (1). Mas aunque el padre ó la madre solo pueden disponer del quinto en favor de extraños, pueden aplicar el tercio á uno, ó muchos de sus hijos, y aun á sus nietos, aun cuando viva el padre de estos (2), y en opinion de Molina (3) y Covarrubias (4), puede el padre en caso de no tener mas de un hijo, y de él uno ó muchos nietos, aplicar á uno de estos el tercio, fundándose contra Antonio Gomez (5) en que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los extraños, en cuyo favor le está prohibido al padre disponer de estos bienes con perjuicio de sus descendientes (6).

(1) L. 2 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 2 tit. 6 lib. 10 de la N.
(2) La misma.
(3) Molina de hispan. primog. lib. 2 cap. 11 n. 5.
(4) Covarrub. lib. 1 Var. cap. 19 n. 4 vers. *Obiter.*
(5) Gomez en la ley 18 de Toro.
(6) Seria de desear que se prohibiese igualmente la facultad de hacer mejoras, que son tan injustas y ruinosas como lo eran los mayorazgos, cuya fundacion está felizmente prohibida. Supongamos que muere un padre dejando cuatro hijos, y me-

2. Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó quinto de sus bienes, se dice que lo mejora, porque en efecto lo hace de mejor condicion que á los demas en cuanto á la succesion, y asi es que el título 6 del libro 5 de la Recopilacion, que es el 6 del libro 10 de la Novísima tiene la inscripcion: *De las mejorias de tercio y quinto.* Si se hacen las dos mejoras, conforme á una ley del Estilo (1) que está en observancia, debe sacarse primero la del quinto, habiéndose dispuesto asi en favor del alma del testador, segun dice Antonio Gomez (2); aunque Angulo (3) exceptúa el caso de que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio;

jorando á uno en tercio y quinto, y que su caudal son quince mil pesos. Se aplicarán al mejorado por el quinto tres mil, de los doce restantes por el tercio cuatro mil, y los ocho que quedan se dividirán en cuatro partes para los cuatro herederos, de los que cada uno percibirá dos mil, resultándo al mejorado la suma de nueve mil, es decir, mas del cuadruplo que á sus coherederos, ó casi los dos tercios del caudal.

(1) L. 214 del Estilo.

(2) Antonio Gomez en la l. 17 de Toro n. 2.

(3) Angulo de meliorat. ley 9. glos. 2. n. 45.

pues entonces la del quinto deberá sacarse del patrimonio que quedase deducido el tercio; y segun Cifuentes (1) deberá hacerse lo mismo siempre que el testador lo disponga asi, porque estando establecida la preferencia del quinto en favor suyo, se supone que lo renuncia.

3. Los padres pueden hacer las mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del primer modo, pueden revocarlas hasta su muerte, pues hasta entonces pueden variar el testamento; y lo mismo debe decirse si las hubieren hecho por contrato entre vivos, á menos que se haya puesto al mejorado, ó á su procurador, en posesion de las cosas en que consista la mejora, ó en lugar de la posesion se haya entregado la escritura que contenga la mejora, en presencia de escribano, ó que aquella se haya hecho por causa onerosa con otro tercero, como matrimonio ú otra semejante; pues en estos casos solo podrá revocarse si el padre se hubiere reservado el derecho de hacerlo, ú ocurriere alguna de las causas por que segun las leyes pue-

(1) Cifuentes en la ley 25 de Toro.

den ser revocadas las donaciones perfectas hechas conforme á derecho (1).

4 Si el padre ó la madre, ó algun ascendiente prometieren por escritura pública á alguno de sus descendientes no mejorar á ninguno, estarán obligados á cumplir la promesa, y si no obstante ella, mejoraren á alguno no valdrá (2); del mismo modo deberá cumplirse la promesa de mejorar á alguno por casamiento ú otra causa onerosa, y si no se hiciere en efecto, se dará por hecha despues de la muerte del testador. Mas de esta regla se exceptúa la promesa hecha por el padre dotante á su hija y al marido de esta de que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Acevedo (3) examina la cuestion de si vale ó no esta promesa. Su opinion está por la afirmativa, y dice que Gutierrez (4) defiende la contraria. Á esta nos inclinamos [asi se esplica Sala, aunque reconociendo que la cuestion es muy proba-

(1) L. 1 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 1 tit. 6 lib. 10 de la N.

(2) L. 6 en uno y otro título.

(3) Acev. sobre la ley 1 tit. 2 lib. 5 de la R.

(4) Gutierr. de jurament. confirmat. part. 1 cap. 59 núm. 14.

rá para ellos el mejorado á prorrata con los otros herederos, sin gravar al conyuge superstite. Si hay mejora del tercio para un descendiente legítimo, y el testador no dispuso del quinto, se deberá aplicar al mejorado el tercio de lo que sobre de este. Si el testador manda que el mejorado en el tercio pague los gastos funerarios, y los legados, deberá hacerlo hasta una cantidad igual al quinto y no mas. Lo mismo se hará cuando el testador mejora en el tercio á un descendiente suyo y á otro en el quinto, mandando que aquel y no éste satisfaga los gastos referidos.

6. Los ascendientes pueden consignar en bienes ciertos y determinados las mejoras que hagan á sus descendientes legítimos (1); pero no pueden cometer esta facultad á otra persona alguna (2), cuya prohibicion parece que no se extiende á prohibir que se deje al hijo mejorado la libertad de escoger los bienes de su mejora. Esta opinion se funda en dos razones: 1.ª La ley citada usa de estas palabras, *á otra persona alguna*, sin hacer mencion del hijo

(1) L. 3 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 3 tit. 6 lib. 10 de la N.

(2) La misma.

mejorado, y por eso no es creible que quisiera comprenderlo, pues en la obligacion general no se incluyen las cosas que deben expresarse especialmente, por no ser verosimil que pensase en ellas el que se obligó (1). 2.ª La facultad expresada redunda en utilidad de los hijos y por lo mismo se debe ampliar en su beneficio. Al mejorado con bienes determinados se le deben entregar estos, á menos que la hacienda del testador no se pueda dividir cómodamente, en cuyo caso podrán los herederos pagar la mejora en dinero (2).

7. Las donaciones simples hechas por el padre á alguno de sus hijos se deben considerar como mejoras, aunque no lo exprese; y asi se imputarán y aplicarán primeramente al tercio; si fueren mayores que este, se aplicará el exceso al quinto, y si todavia fueren mayores que uno y otro, el resto se deducirá de la legítima (3). Si la donacion fuere causal,

(1) L. 5 tit. 13. P. 5.
(2) L. 4 tit. 6. lib. 5 de la R. ó 4 tit. 6 lib. 10 de la N.
(3) L. 10 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 10 tit. 6 lib. 10 de la N.

esto es, por alguna causa necesaria, útil ó pia, por la que pueda ser compelido á hacerlas, se deducirá primero de la legítima, despues del tercio, y por último del quinto. Cualquiera donacion mayor que la suma de la legítima, el tercio y el quinto es inoficiosa en cuanto al exceso, y este debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas que aquella suma de la herencia de su padre (1).

8. La ley (2) prohibe que *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de su hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo que diere y prometiere, segun dicho es, lo haya perdido y pierda.* Las hijas pueden ser mejoradas por testamento ú otra última voluntad (3), porque esta ley no lo prohibe; pero se entiende cuando no sea para eludirla. Aunque los varones tienen

(1) L. 3 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 3 lib. 10 de la N.
(2) L. 1 tit. 2 lib. 5 de la R. ó 6 tit. 3 lib. 10 de la N.
(3) Acev. sobre la ley 1 tit. 2 lib. 5 de la R.

la ventaja de que las donaciones *propter nuptias* se les consideren como mejoras, lo que no sucede á las mugeres con su dote, estas tienen la de que para calcular si la dote que se les da ó promete cabe en los bienes del padre, pueden escoger el tiempo en que murió este, ó aquel en que les dió ó prometió la dote; y con tal que quepa en el caudal que habia en uno de estos tiempos que elija la interesada, quedará su dote libre del vicio de inoficiosa (1).

9. Los ejemplos siguientes aclararán las doctrinas sentadas en los números anteriores. 1.º Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego: mejoró á Pedro en el tercio y á Juan en el quinto. Su caudal eran 1700 ps., debia 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Antes de todo se pagarán las deudas, y por esta baja quedará reducido el caudal á 1500 ps. De esta cantidad se sacará el quinto para Juan que son 300 ps. de los 1200 sobrantes se sacará el tercio para Pedro que son 400, y los 800 que restan se dividirán por partes iguales entre los tres

(1) L. 3 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 3 lib. 10 de la N.

hijos. Juan debe sufrir del importe de su quinto los legados y gastos del entierro que son 150 ps. y asi no percibirá mas que 150. 2.° Si en el mismo ejemplo el testador no hubiese dispuesto del quinto, se deberia aplicar á Pedro mejorado en el tercio, la tercera parte de 150 ps. que es el resto líquido del quinto, y lo demas de este agregarlo al caudal divisible entre los tres hijos. 3.° Supongamos en el ejemplo primero que los legados y los gastos del entierro importaban 350 ps. y que el testador mandó que se sacasen del tercio y no del quinto. Pedro mejorado en aquel no estará obligado á pagar mas que 300 ps. porque esto es lo que importa el quinto. 4.° El mismo padre del ejemplo primero dejó á mas de los tres hijos una hija á quien habia dado en dote 400 ps. que deben imputarse á su legítima. El tercio y el quinto serán los mismos que se expresan en el primer ejemplo, porque los 400 ps. de la dote no se agregan al caudal hasta que se hayan sacado aquellas mejoras. Se añadirán pues á los 800 ps. divisibles entre todos los hijos, resultará una suma de 1200 ps. que repartidos entre los cua-

tro herederos, les tocarán 300 ps, á cada uno; y como la hija tenia recibidos 400 en razon de dote, deberá restituir 100, si no es que los bienes del padre fueran bastantes para que cupieran en ellos los 400 ps. al tiempo que los dió ó prometió en dote á la hija, y ésta hubiere escogido aquel tiempo para el cálculo de su legítima, en cuyo caso retendria toda la cantidad dotal. 5.ª Si el padre del ejemplo primero habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000 ps. y á Juan una de 300 por causa, Pedro se entenderá mejorado primeramente en el tercio que son 400 ps.; y como estos no llegan á los 1000, se entenderá que la mejora se extendió al quinto, que tampoco es suficiente á cubrir esta cantidad, y por tanto lo que falte se rebajará de la legítima de Pedro. La donacion causal de Juan se le deducirá de su legítima La cuenta en este caso se hará del modo que sigue. De los 1500 ps., caudal líquido del padre, tocan á Pedro 700 por su tercio y quinto; sobran 800 á que se acumularán 1300 de las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2100, que se partirá en tres porciones iguales de á 700 ps. para los tres hermanos. Se-

rá entonces el haber de Pedro por mejoras y legítima 1400: tenia recibidos 1000, se le entregarán 400. Juan tenia recibidos por su donacion 300: solo le corresponde de legítima 700, se le entregarán 400, y Diego percibirá integros los 700 de su legítima.

10. Lo dicho da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna; resta solo explicar lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones, y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de estos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion heditaria, ó legítima que le corresponda, y esto es lo que se llama *traer á colacion y particion.* Es claro que las mejoras no deben traerse, pues esto está establecido para guardar la igualdad, que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas sí se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* ó por otra causa que los hijos hayan recibido, y no pertenezcan á mejoras; aunque si los que las recibieron se quisieren apartar de la heren-

cia, podrán hacerlo, y entonces sin traerlas á colacion se juzgan pagados de su legítima con lo que han recibido, á menos que sean inoficiosas, esto es, que excedan á lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso (1). Debe igualmente traerse á colacion el peculio profecticio (2), pero no el castrense, cuasi castrense, ni adventicio, pues estos quedan libres por el fallecimiento del padre al hijo de quien son sin derecho alguno de sus hermanos (3).

11. Tampoco debe traerse á colacion lo que el padre hubiere gastado en dar estudios á su hijo, ó armarle caballero, y en los libros para aprender alguna ciencia (4); y aunque los intérpretes quieren que se le debe imputar, y tenerlo por via de mejora, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple, no nos parece su opinion conforme á las palabras de la ley que dice: *non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, palabras que son exclusivas

(1) L. 3 tit. 8 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 3 lib. 10 de la N.
(2) L. 3 tit. 15 P. 6.
(3) L. 5 del mismo.
(4) LL. 5 dicha, y 3 tit. 4 P. 5.

de toda imputacion; ni á su espíritu, pues en ella se comparan estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense exentos en un todo de imputarse. Pero aun cuando pudiera admitirse su opinion por lo que hace á los libros en el caso de que existieran ellos mismos, ó en equivalente en poder del hijo, como que aumentaban su patrimonio, y podia considerarse que los tenia por donacion simple, no puede decirse lo mismo de los gastos del estudio, que deben reputarse como alimentos ya consumidos que no aumentan el patrimonio, y de los que no se hace imputacion. Por la misma razon de no aumentar el patrimonio los grados de universidad y otras condecoraciones que no tienen sueldo ni otros frutos, sino que son una especie de carga de honor, creemos que lo gastado por el padre para la consecucion de ellos no se debe imputar al hijo, ni aun por cuenta de mejoras, y que si algo se debiere por este motivo, deberá pagarse de la herencia comun, segun la opinion de Papiniano (1); pues parece incivil y aun vergonzoso pretender

(1) L. 1 § 16 de collat.

los demas hijos que la condecoracion del hermano se le impute en su parte. Asi lo hemos practicado en la division de la herencia de D. José Perez Mesia, no obstante la oposicion que manifestó al principio uno de los coherederos, que cedió despues convencido de las razones que hemos expuesto, á las que no deja de prestar apoyo la ley que hemos citado (1).

12. Bajo el nombre de *mandas* se comprenden en nuestras leyes los legados, y los fideicomisos particulares, porque aunque segun el derecho antiguo se distinguian unos de otros en su forma y en sus efectos, subsistiendo la diferencia en lo primero, porque el legado se deja directamente, como v. g. *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero, á quien se grava en dar á otro alguna cosa, ha desaparecido en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y los fideicomisos, de manera que segun Antonio Gomez (2) cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros. Sin embar-

(1) L. 5 tit. 15 P. 6.
(2) Antonio Gomez 1 Var. cap. 12 n. 1.

go expondremos primero lo relativo á legados, y añadiremos despues algunas particularidades propias de los fideicomisos. El legado es *una manera de donacion que deja el testador en el testamento ó en codicilo á alguno.** Unos son forzosos, que son los que por disposicion del derecho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos, aunque la cantidad está enteramente al arbitrio del mismo (1), y otros voluntarios que son los que dependen de la voluntad del testador.* Estos los puede dejar todo el que puede hacer testamento, y se pueden dejar á todos los que pueden ser instituidos herederos, á excepcion del de alimentos que puede dejarse hasta á *los* incapaces de heredar, como son los espurios (2), bastando al legatario para ganar el legado tener capacidad de adquirirle al tiempo del fallecimiento del tes-

(1) Los legados ó mandas forzosas en la capital de la república son para los santos lugares de Jerusalen, redencion de cautivos, santuario de Guadalupe, y para casar huérfanas pobres, habiendo cesado la de la causa del venerable Gregorio Lopez por la cédula de 1 de junio de 1785.

(2) L. 8 tit. 3 lib. 5 de la R. ó 2 tit. 11 lib. 10 de la N.

tador (1), y necesitándose para su valor que conste ciertamente de la persona del legatario (2).

13. Se pueden legar todas las cosas, con tal que no estén fuera del comercio de los hombres, ya lo estén generalmente, como las que se dicen sagradas como los palacios, y las que pertenecen al comun de alguna ciudad ó pueblo, ya respectivamente como los materiales de algun edificio, los que si se legaren, no se pagarán, ni aun en su estimacion (3), impidiéndose con esta prohibicion que se destruyan los edificios y pierdan su hermosura las ciudades (4). Y si la cosa mudase de condicion despues de hecho el legado sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio cuando se legó, dejase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana se consagró, ni valdria el legado, ni el heredero estaria obligado á pagar la estimacion que antes tenia (5).

(1) L. 1 tit. 9 P. 6.
(2) L. 9 del mismo.
(3) L. 13 del mismo.
(4) L. 16 tit. 2 P. 3.
(5) L. 13 tit. 9 P. 6.

Se pueden legar las cosas que están por venir, como los frutos que nazcan en tal campo (1), y las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres ó deudas. * Con respecto á estas se distinguen tres especies de legados, que llaman *de nombre, de liberacion, y de deuda.* Se dice de *nombre* cuando el testador lega á uno lo que otro le debe: de *liberacion* cuando se lega al deudor lo mismo que él debe, y de *deuda* cuando se lega al acreedor lo que le debe el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la accion que el testador tenia contra su deudor, y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero (2). Por el de liberacion está éste obligado á entregar al legatario la escritura de su *deuda*, la prenda, ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de aquella, dejándolo libre enteramente. * En estos dos legados si el testador en vida cobra y recibe la deuda se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente, subsisten ambos, y el heredero deberá entregar la cosa ó la estimacion que

(1) L. 12 tit. 9 P. 6.
(2) L. 15 del mismo.

hubiere cobrado el testador, pues se supone que su intencion fue tenerla guardada á este fin (1). *Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya todos los privilegios de los legados, y asi de condicional, y para dia cierto se hace pura y pagadera al punto: de no hipotecaria se hace hipotecaria, y de ilíquida se hace líquida.*

14. Pueden legarse tambien las cosas agenas, y entonces tiene el heredero la obligacion de comprarlas á su dueño, y entregarlas al legatario, y no queriendo aquel venderlas, entregará su estimacion (2); mas esto se entiende si el testador sabia que la cosa era agena, pues creyéndola suya no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la muger propia ó á algun pariente (3). La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya es del legatario (4) que hace de actor (5), y por tener el heredero á su

(1) L. 15 tit. 9 P. 6.
(2) L. 10 del mismo.
(3) La misma.
(4) La misma.
(5) L. 1 tit. 14 P. 3.

favor la presuncion. Si el legatario habia adquirido ya la cosa agena, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo ú oneroso; pues si fue por el primero, el legado es inútil por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y á favor de una misma persona* (1); *pero si la adquirió por el segundo se le debe la estimacion*. Pueden legarse igualmente las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda (2); y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas, si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia (3); mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario (4). Será tambien obligacion del heredero desempeñarlas, si estaban en una cantidad igual, ó mayor que su valor, ya lo supiese, ó ya lo ignorase el testador (5). Pueden por último legarse las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado solo el derecho de prenda, pudiendo el heredero exi-

(1) L. 43 tit. 9 P. 6.
(2) L. 11 del mismo.
(3) La misma.
(4) La misma.
(5) La misma.

gir al legatario la cantidad por que tenia empeñada su cosa (1); mas si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritu ra probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que le lega y condona la deuda (2), y es el legado de liberacion.

15.* Los legados se dicen de *género*, de *especie*, y de *cuantidad* Género es en derecho lo que en filosofia especie, v. gr. un caballo, un libro. Especie equivale á un individuo, v. gr el caballo tal, la obra de Tapia; y cuantidad es un género determinado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto, es fácil fijar ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perece la cosa legada, y en otros casos. 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario* (3), á menos que aquel sea moroso en entregar, ó que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado á prestar la leve (4). 2.ª *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejem-*

(1) L. 16 tit. 9 P. 6.
(2) L. 47 del mismo.
(3) L. 34 del mismo.
(4) L. 41 del mismo.

plo, una manada de ovejas, el aumento ó diminucion que tuviere, pertenece al legatario, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador. 3.ª *Para que el legado de género sea útil es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*, por ejemplo, un caballo es legado de género ínfimo; pero un animal es de supremo, y seria ridículo legarlo. 4.ª *Ni el género ni la cuantidad perecen* (1), por manera que legado, por ejemplo, un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo, y en su poder perece, queda en la obligacion lo mismo que antes. *

16. En el legado de género tiene la eleccion el legatario, si el testador tenia cosas de aquel género, como v. gr. caballos, mas no podrá escoger el mejor; pero si no tenia, debe el heredero comprar uno medianamente bueno para darlo al legatario (2). Esto se entiende en aquellas cosas que están terminadas y son acabadas por la naturaleza, pues con respecto á aquellas que lo son por el arte

(1) L. 41 tit. 9 P. 6.
(2) L. 23 del mismo.

y disposicion de los hombres, como las casas, se establece esta regla: que si se lega una casa sin señalar cual, y teniendo varias el testador, con cualquiera puede satisfacer el heredero al legatario: si solo tenia una, con esa, y si no tenia ninguna, no vale el legado (1). Mas si el testador concede al legatario la facultad de escoger entre cosas de un mismo género la que le parezca (que es lo que se llama legado de opcion) podrá el legatario tomar la mejor; pero hecha la eleccion, no puede arrepentirse de ella variándola (2), y si no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger (3). Si la eleccion se deja al arbitrio de un tercero, y este por no querer ó no poder, no la hace dentro de un año, pasa al legatario el derecho de hacerla (4).

17. Para que valga el legado basta que el testador designe la persona del legatario y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo em-

(1) L. 23 tit. 9 P. 6 vers. *Pero.*
(2) L. 25 del mismo tit.
(3) La misma.
(4) La misma.

barace el error en el nombre, si es de aquellos que se ponen por la voluntad de los hombres, como llamando Pedro al que es Juan, ó campo tusculano al que se dice ticiano, con tal que por otras señales conste ciertamente de la persona y cosa. Mas si el error fuere en un nombre en que los hombres de todos los paises estén de acuerdo, como pan, paños, laton, oro y otros semejantes, no valdrá el legado, aun cuando el legatario intentase probar que la voluntad del testador fue que valiese en lo que era la cosa, cuyo nombre erró, como si queriendo legar laton, le llamase oro (1). Si el testador dijere que legaba cien pesos que tenia en tal arca, deberá darlos el heredero al legatario, si en efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare menos, cumplirá dando lo que hallare, y si esto fuere mas, solo debe dar los cien pesos (2), lo que indica que en caso de duda la presuncion está á favor del heredero.

18. Los legados se pueden hacer puramente, para dia cierto, con condicion, con demostracion, con causa, ó con mo-

(1) L. 28 tit. 9 P. 6.
(2) L. 18 del mismo.

do. Cuando se lega puramente no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, y el dominio del legado pasa al legatario luego que muere el testador, de manera que aunque falleciese aquel antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, perteneceria esta á su heredero. Mas en los condicionales, en los que deben guardarse las mismas reglas que asentamos en el título anterior para la institucion condicional de heredero, si muere el legatario antes del cumplimiento de la condicion, no vale el legado, y el dominio de la cosa legada queda en el heredero (1). Y si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento, como si hubiera construido una casa en el lugar legado, ó se hubiere aumentado por aluvion, ó cosa semejante, pertenecerá al legatario el aumento (2), y los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia (3), aunque Gregorio Lopez (4) juzga

(1) L. 34 tit. 9 P. 6.
(2) L. 37 del mismo.
(3) La misma.
(4) Greg. Lop. glos. 4.

muy probable, que se le deban desde la muerte del testador, supuesta la ley 1 del título 4 del libro 5 de la Recopilacion, que es la 1 del título 18 del libro 5 de la Novísima. Si se legare el usufructo de alguna cosa, se debe al legatario *luego* que el heredero entre en la herencia, y no antes (1).

19. * Legado desde algun dia es el que tiene término para comenzar; y hasta cierto dia es aquel en que se señala el tiempo que debe durar. En el primero el legado se debe luego, pero no se puede cobrar hasta que llegue el dia; mas el segundo se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para dia cierto se transmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el dia, como haya sido despues de la muerte del testador (2); pero si el dia es incierto, como para cuando se case ú ordene, no se transmite por reputarse condicional (3). Con demostracion se dice que lega un testador siempre que hace descripcion de la persona, ó de la cosa

(1) L. 35 tit. 9 P. 6 vers. *El cuarto.*
(2) L. 34 del mismo tit. y P.
(3) L. 31 del mismo.

legada. La falsa demostracion no vicia el legado, con tal que conste de la persona (1), de modo que se sepa de quien habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido (2); pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quien habló el testador, no vale el legado (3). * El causal, que es cuando el testador expresa el motivo por que hace el legado, vale aunque la causa sea falsa, como por ejemplo: *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*, valdria aunque no hubiese sido asi (4); pero no si la causa fuera final y no impulsiva, como v. gr. *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*, pues no habiéndolos gastado, no subsistiria el legado (5). Finalmente, bajo de modo se dice un legado, cuando el testador expresa el fin para que lo deja, como: *lego á Juan*

(1) LL. 19 y 20 tit. 9 P. 6.
(2) Paz in Prax. t. 1 p. 4 c. 1 n. 19.
(3) L. 9 tit. 9 P. 6.
(4) LL. 20, 21 y 25 del mismo. Alvarez asienta que no vale el legado, si el heredero prueba que el testador no habria legado, si hubiera conocido la falsedad de la causa. Lib. 2 tit. 20.
(5) L. 20 citada.

cincuenta pesos para que me haga un se-pulcro, y este deberá entregarse desde luego al legatario, dando fiador de que cumplirá con lo que mandó el testador, y ganará el dominio del legado, luego que cumpliere con aquello, ó hiciere lo que estuviere de su parte para ello (1).

20. Cuando se lega por el testador dos veces una misma cosa á un mismo sugeto, no tiene el heredero obligacion de darla mas que una vez, aunque sea determinada cantidad de dinero, ó de aquellas cosas que se cuentan, pesan ó miden, si no es que el legatario pruebe que la voluntad del testador fue que se le diese las veces que expresó (2). Pero si habiéndose legado cierta cantidad en testamento, se legase otra vez en codicilo, deberá el heredero pagarla dos veces, á menos que pruebe que la voluntad del testador fue que se diese una sola (3); de manera que en el primero de estos dos casos está la presuncion á favor del heredero, y en el segundo del legatario.

21.* Si el testador lega una cosa á

[1] L. 21 tit. 9 P. 6.
[2] L. 34 § 3 de legat.
[3] L. 45 del tit. y P. cit.

uno, y despues la misma á otro, y se entiende que la voluntad del testador fue revocar por el segundo el primer legado, se dará la cosa al segundo; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente, ó *in solidum*, se entregará al que primero la pida, y al otro su estimacion (1). * Si la lega á los dos á un tiempo, ya sea en una oracion ó en dos, la partirán igualmenté entre sí, y si alguno de ellos muriere, ó renunciare su parte, habrá lugar al derecho de acrecer respecto del otro (2); mas para esto son necesarios dos requisitos: 1.° Que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, pues si le sobrevive, aunque sea por un momento, pasa el legado á sus herederos, y no acrece al otro (3). 2.° Que sean conjuntos, y se llaman asi los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. gr. *á Pedro y á Juan les lego mi hacienda;* pero si á uno se lega la casa, y al otro el campo, ó á cada uno la mitad de la hacienda, ni son conjuntos, ni hay derecho de acre-

[1] L. 33 tit. 9 P. 6.
[2] La misma.
[3] La misma.

cer (1). La conjuncion puede ser en la cosa, en las palabras, ó mixta. Se dice que la hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma, aunque sea en diversas proposiciones: en las palabras cuando lo son en una sola, asignándoles partes no fisicas, sino intelectuales, y mixta cuando se lega una misma cosa á muchos en una proposicion, y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá al otro, presumiéndose asi de la voluntad del testador por no expresarse cosa en contrario (2).

22. El legatario es libre para admitir ó no el legado; pero no podrá admitir una parte de él, y repudiar otra, aun cuando la cosa legada sea un todo compuesto de muchas partes, como un rebaño que se compone de muchas cabezas; mas muerto el legatario sin haber aceptado ni repudiado la herencia, si deja varios herederos, puede uno de estos aceptar la parte que le toque, y el otro repudiar la

(1) L. 33 tit. 9 P. 6.
(2) La misma.

suya; y tambien el legatario á quien se dejan muchas cosas podrá aceptar la que quisiere, y desechar las otras, si no es que le dejaren una con carga y otra sin ella, pues en este caso no podria tomar esta y desechar aquella (1).

23. * El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que este, ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos (2); pero si muere despues del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, ni el legatario el legado, transmite su derecho á sus herederos (3).* Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde more el heredero, ó donde esté la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquier lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se pueda contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lu-

[1] L. 36 tit. 9 P. 6.
[2] L. 34 del mismo.
[3] La misma.

gar en que mora el heredero, ó en donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse (1). * Para cobrar el *legado* competen tres acciones al legatario contra el heredero. La primera es personal por el cuasi contrato de la adicion de la herencia: la segunda es real en los legados en especie por la traslacion del dominio de la cosa legada al legatario en el instante que muere el testador, y la tercera hipotecaria por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados. El legatario puede seguir la via ejecutiva contra el heredero, segun Paz, aunque otros lo niegan (2); pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del heredero (3), y tomándola pierde el derecho (4), si no es que tenga licencia tácita ó expresa del testador para ello (5).*

[1] L. 48 tit. 9 P. 6.
[2] Molina, tr. 2 d. 194 n. 17.
[3] L. 1 tit. y P. cit.
[4] L. 37 del mismo.
[5] L. 8 tit. 13 lib. 4 de la R. ó 3 tit. 34 lib. 11 de la N.

24. Los legados se extinguen ó porque se quitan, ó porque se transfieren, ó porque espiran. Se quitan, ó por palabras, cuando el testador los revoca en testamento, ó codicilo posterior (1), ó por hechos, si borra ó tilda el legado por sí, ó por medio de otro (2): si en vida del testador acaba la cosa legada (3) ó su parte principal, como si legado un carro ó una carreta, en cuyo caso se debe dar la bestia que la tiraba (4), se muere esta; pues si el testador no pone otra en su lugar, se acaba el legado, por la razon de que destruido lo principal, no subsiste lo accesorio: si el mismo testador muda la forma á la cosa legada, de manera que no pueda restituirse á su primitivo estado, como si de la lana hizo paños; pues si se puede, subsiste el legado, como si de la plata hizo un vaso (5). Por último, se quita el legado por excepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de

(1) L. 39 tit. 9 P. 6.
(2) La misma.
(3) L. 42 del mismo tit. y P.
(4) La misma.
(5) La misma.

voluntad, lo que probándose por el heredero, hace perder el legado al legatario; y asi si el testador dió la cosa legada, se presume que revocó el legado, y lo contrario si la empeñó ó vendió, y en este caso tendrá el heredero la obligacion de dar al legatario el precio en que fue vendida ó empeñada, aunque en uno y otro caso podrá probarse lo contrario de la presuncion por el que se interesare en ello (1).

25 * Se transfieren los legados: 1.° Si se muda la persona del legatario, como dejando á Pedro lo que se legaba á Juan; mas debe hacerse repitiendo el nombre del primer legatario, porque de otra suerte no seria traslacion, sino conjuncion, ó legar una misma cosa á dos: 2.° Si el testador muda la cosa que legaba: 3.° Si muda la persona á quien se mandaba que pagase el legado, y 4.° Si muda la naturaleza del legado, como si de puro lo hace condicional. Asi quitar, como transferir los legados se puede hacer en testamento, ó en codicilo, y para quitarlos no se requiere solemnidad, pues no la exigen

[1] LL. 17 y 40 tit. 9 P. 6.

las leyes, y hemos visto que basta la presuncion de que el testador mudó de voluntad, aunque debe probarse.*

26.* Espiran los legados: 1.° Si el legatario muere antes que el testador (1), pues en ese caso no llega á adquirir dominio en la cosa legada: 2.° Si esta perece sin culpa ó mora del heredero, entendiéndose esto del legado en especie, pues el género y la cuantidad nunca perecen (2): 3.° Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad, como si no se otorgó con el competente número de testigos, pero no si lo fuere en cuanto á la institucion de heredero (3): 4.° Si el legatario no cumple la condicion posible, bajo la cual se le dejó el legado (4), estando en su mano cumplirla; pues cuando no puede por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entónces se tiene por cumplida y se debe pagar el legado (5):* 5.° Cuando el legatario adquiere el domi-

(1) L. 35 tit. 9 P. 6.
(2) L. 41 del mismo tit. y P.
(3) LL. 1 y 2 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 1 y 2 tit. 18 lib. 10 de la N.
(4) L. 21 tit 9. P. 6.
(5) L. 22 del mismo tit. y P.

nio de la cosa por donacion ú otro título lucrativo; mas no si la adquiere por compra, cambio, ú otro oneroso, pues entonces puede pedir al heredero su estimacion (1). Esto se funda en el axioma de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona acerca de una misma cosa* (2), reputándose título lucrativo el que nada cuesta, como la donacion, y oneroso el que cuesta algo, como la compra; por esta razon: si dos testadores, cada uno en su testamento, legasen una misma cosa á Pedro, y este en virtud de uno de ellos consiguiera la posesion y propiedad de ella, nada podria pedir por el otro testamento; mas si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de la cosa, bien podria pedir despues en virtud del otro la cosa misma (3).

27. El título 11 de la Partida 6.ª adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribui-

[1] L. 43 tit. 9 P. 6.
[2] §. 6 Inst. de legat.
[3] L. 44 tit. y P. cit.

do en ellos el todo de su caudal, de manera que nada quede á aquel por la adicion de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fue que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros por la ley 1.ª tantas veces citada del título 4.º del libro 5.º de la Recopilacion, ó sea 1.ª del título 18 del libro 10 de la Novísima, opina Antonio Gomez (1) con otros, que no tiene lugar entre nosotros; mas Pichardo (2), Matienzo (3), Molina (4), Castillo (5) y otros, defienden la contraria que nos parece mucho mas probable.

28. La falcidia no tiene lugar respecto del heredero forzoso (6), pues este deberá sacar su legítima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. Para sacarla debe considerarse el valor que tenian los bienes del testador al tiempo

(1) Gomez lib. 1. Var. cap. 12 n. 11.
(2) Pichard. in Inst. pr. de lege falcidia n. 33 et seqq.
(3) Matienzo in. d. l. 1 glos. 19. nn. 18 et. 19.
(4) Molina de Hisp. primog. lib. 1 cap. 17 nn. 10 et 11.
(5) Castillo de usufr. cap. 60.
(6) Gregor. Lop. glos. 3 de la l. 1 tit. 11 P. 6.

de su muerte; de manera que el aumento ó diminucion que despues hayan tenido, es en favor ó daño del heredero, que deberá pagar á los legatarios la misma porcion en cualquiera de los dos casos (1); mas antes de sacar la cuarta se deben bajar y pagar las deudas, los gastos funerarios, y los que se hicieren por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto (2), aunque con respecto á los gastos de entierro debe tenerse presente, que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto; pues dejándose á alguno, son carga de él (3). Si hechas estas deducciones nada quedare al heredero por la distribucion de la herencia en legados, tomará íntegra la cuarta parte; pero si le quedare algo, tomará lo necesario para completar su cuarta.

29. No están sujetos á la deduccion de la falcidia los legados piadosos, ni los que se dejan en testamento militar (4), ni

(1) L. 3 tit. 11 P. 6.
(2) L. 2 tit. y P. cit.
(3) L. 13 tit. 6 lib. 5 de la R. ó 3 tit. 6 lib. 10 de la N.
(4) L. 4 tit. 11 P. 6.

los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enagenarla (1). Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demas cumplidamente, si no es que despues de que comenzó á pagar se descubra alguna deuda grande del testador, que antes no se sabia; pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar (2). No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohibe (3); y se pierde el derecho á ella, si el heredero no hizo inventario (4), ó canceló maliciosamente el testamento, ó los legados, ó hurtó, ú ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

30. Fideicomiso en general es *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno*; ó en otros términos, es *una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro* (5). Para el fideicomiso, se necesitan tres personas: el que

[1] L. 6 tit. 11 P. 6.
[2] La misma.
[3] La misma.
[4] L. 7 del tit. y P. cit.
[5] L. 8 tit. 11. P. 6.

deja el fideicomiso que se llama *fideicomisante*: aquel á quien se manda que restituya la herencia á otro, y se llama *heredero fiduciario*, y aquel á quien se restituye, que se llama *heredero fideicomisario*. El fideicomiso puede ser universal, cuando es de toda la herencia, que se llama entonces *fideicomisaria*, ó singular, cuando es solo de una cosa. Puede hacerse tácita, ó expresamente. Será expreso cuando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia, ó parte de ella, y tácito cuando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige, como por ejemplo: *Pedro sea mi heredero, pero con la condicion de que no haga testamento*; pues equivale á: *ruego á Pedro que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos*. Esta especie de fideicomisos es muy semejante á los mayorazgos, y está comprendido en las disposiciones novísimas sobre vinculaciones, de que hablarémos en el título siguiente.

31. El fideicomiso podia establecerse por todo el que podia hacer testamento (1):

(1) L. 14 tit. 5 P. 6.

podia ligarse con él á todo el que recibiese alguna parte de la herencia con título de heredero, con tal que no fuese en mas de lo que recibió y á favor de todo el que pudiese serlo, ya en testamento, ó ya en codícilo, puramente, ó bajo de condicion para ó hasta dia cierto; y los fideicomisarios tenian derecho á la cuarta trebelianica en los mismos términos que hemos explicado en el número 22 del título 5 de este libro, hablando de la sustitucion fideicomisaria.

32. Lo que hemos dicho en los dos números anteriores se entiende de los fideicomisos universales; y por lo que hace á los singulares, ya hemos dicho en el número 12 de este título, que no hay ninguna diferencia entre ellos, y los legados en cuanto á sus efectos, que son en todo iguales, sino únicamente en cuanto á su forma ó modo de establecer unos y otros.

33.* Albacea, al que llaman tambien testamentário, ejecutor, cabezalero, y mansesor, es aquel á quien el testador encarga la ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno, ó á muchos para

que se succedan uno al otro, ó para que obren de mancomun; y aquel á quien se hace no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos (1). Los albáceas pueden ser *testamentarios, legítimos ó dativos.* Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador, y dativos los que nombra de oficio el juez en caso de que el nombrado en el testamento, ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. El incapaz de testar lo es tambien de ser albacea, y pueden serlo las mugeres, aunque les estaba prohibido (2), la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia expresa de su prelado, á excepcion de los que profesan la regla de S. Francisco, á quienes está absolutamente prohibido (3), y el menor de

(1) Carpio de executorib. testamentar. lib. 1 cap. 19 y 20.

(2) Por la ley 8 tit. 5 lib. 3 del Fuero Real se les prohibia; pero está derogada por costumbre contraria. Tapia lib. 2 tit. 2 cap. 17 n. 2.

(3) Cap. *Religiosus executor* 2 de testam. in 6. y Clement. *de Religios executor.*

veinticinco años, si ha cumplido los diez y siete (1).*

34.* A nadie se puede obligar á que sea albacea (2); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó expresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas, ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos (3). Aceptando, puede por sí dar á los legatarios las mandas que les hayan sido hechas, y tomar para sí mismo el legado que le hubiere dejado el testador (4); mas perderá este, si renuncia el albaceazgo (5)*.

35.* La ley (6) previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y que no haciéndolo pierda lo que se le hubiere legado, y la misma

[1] L. 19 tit 5 P. 6.
[2] Covarr. in cap. 19 de testament. n. 3.
[3] Sanz. 1 Cons. c. 1 d. 42 n. 7.
[4] L. 20 tit. 10 P. 6.
[5] Sanz. cit.
[6] L. 14 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 5. tit. 18 lib. 10 de la N.

obligacion se impone á todo el que tu
re el testamento de otro, aunque no se
albacea, bajo la pena de pagar el daño
interesado, y una multa de dos mil ma
vedis. Algunos autores juzgan que la ob
gacion de presentar al juez el testamento
por el albacea se entiende solo del abierto
otorgado sin escribano, aunque Acevedo
opina lo contrario, y añade que la pena
solo tiene lugar en la ocultacion dolosa (1).
Para comenzar á ejercer su encargo el
albacea deberá presentarse ante el juez
secular, aun cuando aquel sea eclesiástico,
pues es el competente en el negocio, acre-
ditando su encargo, y pidiendo se cite á
quienes interese (2), y deberán ser citados
aun los eclesiásticos, porque mas que ci-
tacion, es un aviso (3) para poder proce-
der al inventario, y demas diligencias con-
cernientes al desempeño de su oficio. Los
albaceas deben hacer inventario de los
bienes del testador y dar cuenta de lo re-
cibido y gastado, aun cuando les releve de

(1) Acevedo sobre la l. 14 tit. 4 lib. 5 de la R. con-
tra Montalvo y Matienzo.

(2) L. 15 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 6 tit. 18 lib. 10
de la N.

(3) Solorzano Política indiana 5 c. 7.

ello (1); pues esa cláusula solo remite la averiguacion nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto al dolo, sobre lo cual cita Febrero varias ejecutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibicion del testador (2). Mas si este encargó á su albacea por cláusula en el testamento, ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*, no tendrá obligacion de dar cuenta ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder (3), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (4). Deben enagenar los bienes en pública almoneda (5), y les está prohibido comprar para sí ninguno de ellos bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuadruplo que se aplica al fisco (6). *

(1) L. 5 tit. 10 P. 5 y sobre ella Gregor. Lop.
(2) L. 7 del mismo tit. y P.
(3) Clement. de Testam.
(4) Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 49.
(5) L. 62 tit. 18 P. 3.
(6) L. 14 tit. 4 lib. 5 de la R. ó 5 tit. 18 lib. 10 de la N.

36.* Para la ejecucion del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señaló deberán ejecutarlo lo mas breve que les sea posible conforme á lo que previene la ley de Partida que dice: *lo mas ayna que pudieren sin alongamiento, ó sin escatima ninguna* (1); no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y legados, si antes de él pudieren hacerlo, y lo mismo las deudas del difunto. Mas mientras durare la formacion del inventario no pueden los acreedores y legatarios molestar al albacea ó heredero, para que cumpla el testamento (2); aunque si manifestare no querer hacer el inventario, ni gozar del tiempo que para él concede el derecho, podrá ser convenido despues de los nueve dias de la muerte del testador (3). Si son muchos los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecu-

[1] L. 6 tit. 10 P. 6.
[2] L. 7 tit. 6 P. 6.
[3] L. 13 tit. 9 P. 7.

ten (1); y para precaver este embarazo suele conferirse á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion sin necesidad de avisar á los otros, ni de que estos se mezclen en cosa alguna. Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas (2); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte (3). Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva ó en general, cumplen con dar la que quieran, aunque sea la menos preciosa (4); pero si las palabras se dirigen al legatario, á él corresponde la eleccion, como hemos dicho en el n. 16 de este título.*

37.* El oficio del albacea acaba por su muerte; por la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre ambos; por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario; por el transcur-

(1) L. 6 tit. 10 P. 6.
(2) L. 7 tit. 6 P. 6.
(3) Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 58.
(4) Sanz. tr. 14 c. 5 n. 177.

so del tiempo ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa por que fue constituido. Algunos (1) quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio; pero lo niegan otros (2). En retribucion del trabajo del albacea le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenia ó no derecho para cobrarlo, fuera del caso en que lo hubieran convenido asi el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, en atencion á ser este un encargo piadoso y de consiguiente gratuito.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

(1) Espin. glos. 28 n. 36.
(2) Molin. tr. 2 d. 247 n. 14.


Stanford University Libraries
3 6105 024 648 052

